

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Teoría de los derechos sobre creaciones espirituales : (la
"propiedad intelectual" y la "propiedad industrial",
naturaleza jurídica y relaciones)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Hermenegildo Baylos Corroza

Madrid, 2015

132
Bernabegildo Baylos Corrosa

TEORIA DE LOS DERECHOS SOBRE CREACIONES ESPIRITUALES.

(LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL".
NATURALEZA JURIDICA Y RELACIONES).

TESIS DOCTORAL

Madrid
1969.-

Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid .-

1

S U M A R I O

EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL".....	páginas 1
1.-"Propiedad intelectual" y "Propiedad industrial".	
2.-El problema de la naturaleza jurídica.	
3.-La clasificación, como instrumento cognoscitivo y normativo.	
4.-Las dos metodologías contrapuestas en nuestra materia.	
5.-Los datos iniciales: objetos protegidos, contenido del derecho y modos de adquisición.	

I	
CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"	
6.Indicación de plan.....	9
TITULO I. DE LA "PROPIEDAD INTELECTUAL".	
CAPITULO I.	
CREACIONES PROTEGIDAS POR LA "PROPIEDAD INTELECTUAL".....	10
7.Los derechos de "propiedad intelectual", en relación con los distintos tipos de creaciones protegidas.	
8.-Las obras protegidas por la "propiedad intelectual", en los ordenamientos jurídicos positivos y en derecho unionista.	
CAPITULO II.	
LOS DERECHOS "VECINOS, DERIVADOS O CONEXOS" DEL DERECHO DE AUTOR.....	15
9.-Sus relaciones con el "derecho de autor"	
10.-La materialización de la creación por intérpretes y ejecutantes, en las obras literarias y musicales.	
11.-El elemento creativo, en la interpretación y ejecución.	
12.-Fijación de la actuación interpretativa por medios técnicos y mecánicos.	
13.-Conclusiones.	
CAPITULO III.	
EL PROBLEMA DE LA DENOMINADA "PROPIEDAD CIENTIFICA"...	25
14.-Planteamiento del problema.	
15.-Los intentos de organizar una protección específica.	
16.-Resumen.	

TITULO II.DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"		páginas
CAPITULO I.		
INSTITUCIONES COMPRENDIDAS EN LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL".....		33
17.-Los tres tipos de objetos protegidos por la propiedad industrial"		
18.-La delimitación de la materia en la legislación española, en el derecho comparado y en el internacional unionista.		
CAPITULO II.		
CONCEPTO PRELIMINAR DE INVENCION.....		37
19.-Las "creaciones de fondo": "invenciones" y "modelos de utilidad".		
20.-La invención, como concepción protegida directamente en su contenido ideal.		
21.-La invención, como "norma de acción" objetivamente actuable.		
23.- (1). Objeto, fin y resultado de la invención.		
24.-Carácter industrial, utilidad y novedad de la invención.		
25.-La invención, como "concepto legal". Patentabilidad.		
CAPITULO III.		
EL "MODELO DE UTILIDAD", COMO INVENCION "MENOR" O DE "FORMA".....		63
26.-Razón de ser de esta modalidad legal de objetos.		
27.-Diferenciación entre "modelos de utilidad" e invenciones.		
28.-El "modelo de utilidad" y su protección en la legislación española.		
CAPITULO IV.		
LOS "DIBUJOS" Y LOS "MODELOS" INDUSTRIALES.....		68
29.-Concepto general.		
30.-Diferencias entre el "modelo industrial" y el "modelo de utilidad".		
CAPITULO V.		
LOS SIGNOS DISTINTIVOS DE CARACTER MERCANTIL. NOMBRE COMERCIAL, ROTULO DE ESTABLECIMIENTO, MARCA..		72
31.-Función general de los signos mercantiles en la economía de mercado.		
32.-Noción y modalidades de signos mercantiles.		
33.-El nombre comercial.		
34.-Enseña comercial y rótulo de establecimiento.		
35.-La marca.		
(1) Se ha omitido por error mecanográfico el núm.22.		

- 36.-Extensión y relatividad de la protección jurídica: la defensa frente a la semejanza dentro de un determinado sector mercantil.

CAPITULO IV

PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DISCIPLINA DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....

90

- 37.-Competencia ilícita o competencia desleal.
- 38.-La noción de deslealtad en la competencia.
- 39.-El bien tutelado y la función supletoria de la represión de la competencia desleal.
- 40.-Contenido de la disciplina de la competencia desleal.
- 41.-"Derecho de la competencia económica", "disciplina de la competencia desleal" y "propiedad industrial".
-

DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA
"PROPIEDAD INTELECTUAL" Y DE LA "PROPIEDAD IN-
DUSTRIAL".

1.-La extensión de las respuestas doctrinales.....	108
2.-Clasificación de las posiciones sobre la naturaleza jurídica.....	111
TITULO I	
3.-LAS TEORIAS DUALISTAS.....	113
3/4.-4.-Caracterización general de las teorías dualistas.	
PRIMER GRUPO	
5.- EL DERECHO PATRIMONIAL, COMO DERECHO ABSOLUTO SOBRE UN "QUID EXTERNUS"....	117
6.- TEORIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	119
7.-1). Los precedentes doctrinales de la teoría de la propiedad.	
7 bis.-2). La fase polémica o política.	
8.-3). Generalización de la tesis del derecho de propiedad.	
9.-4). La doctrina de la propiedad "sui generis" y de la "propiedad especial".	
10.-5). La construcción dogmática de la doctrina de la propiedad.	
11.-6). Las objeciones a la tesis del derecho de propiedad.	
12.-7). La función expresiva y el carácter instru- mental de la doctrina de la propiedad.	
13.-TEORIA DEL DERECHO SOBRE BIENES IN- MATERIALES..... u significado general.	156
14.-El punto de partida de la teoría del dere- cho sobre bienes inmateriales.	
15.-1). El derecho de los creadores sobre la obra intelectual, como poder jurídico sobre un "quid ex- ternus".	
16.-2). Naturaleza inmaterial del objeto jurídico.	
17.-3). La delimitación ontológica del bien inma- terial: teoría de la "forma interna" y de la "forma externa".	
18.-4). La delimitación del "bien inmaterial" como valor económico.	
19.-5). La delimitación jurídica del "bien inmate- rial": el principio del "numerus clausus".	

20.-La reciente ofensiva doctrinal contra la teoría del derecho sobre bienes inmateriales.

21.-TEORIA DE LOS "DERECHOS INTELECTUALES"..... 194

SEGUNDO GRUPO

22.- LA CONSTRUCCION DE UN DERECHO ABSOLUTO A EJERCER EN EXCLUSIVA UNA ACTIVIDAD ECONOMICA..... 199

23.-TEORIA DEL DERECHO A LA "NO IMITACION"..... 204

24.-TEORIA DE LOS "DERECHOS DE CLIENTELA"..... 208

25.-LA DOCTRINA DE LOS "DERECHOS DE MONOPOLIO"..... 212

1).La calificación general del derecho de los ~~ordenados~~ como un verdadero monopolio.

2).La construcción dogmática de los "derechos de monopolio", en la moderna doctrina italiana.

a).La categoría jurídica de los "derechos de monopolio", en FRANCESCHELLI.

b).La posición de CASANOVA.

c).La tesis del monopolio en otros autores italianos.

26.-Consideraciones críticas con respecto a la doctrina de los "derechos de monopolio".

TITULO II.

TEORIAS MONISTAS..... 250

27.-1).Indicaciones terminológicas y caracterización general.

23.-2).TEORIA DEL DERECHO DE LA PERSONALIDAD..... 253

29.-

30.-

31.-

32.-3).TEORIA DEL DERECHO DEL TRABAJO..... 267

33.4).OTRAS DOCTRINAS MONISTAS..... 270

NOTAS DE LA PARTE II..... 276

III

TEORIA DE LOS DERECHOS SOBRE CREACIONES
ESPIRITUALES

TITULO I.	páginas
EL ELEMENTO OBJETIVO, EN LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y EN LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL".	
SECCION 1 ^a .	
NOTAS PECULIARES DE LOS OBJETOS DE LOS DERECHOS EXCLUSIVOS.....	319
CAPITULO I.	
SU NATURALEZA INTELECTUAL.....	321
1.-Generalidades.	
2.-Carácter artificioso de la protección jurídica.	
3.-Propiedad de los ejemplares y derecho sobre la concepción ideal.	
4.-El problema de la delimitación objetiva.	
CAPITULO II.	
LA DIVERSIDAD DE INTERESES REPRESENTADOS POR SU TUTELA.....	327
5.-Los intereses personales.	
6.-Los valores culturales.	
7.-Los intereses económicos.	
CAPITULO III.	
SU CONDICION DE MEDIOS NORMATIVOS ACTUABLES IMPERSONALMENTE.....	336
8.-La repetibilidad objetiva de la creación espiritual.	
9.-Cosas, prestaciones y creaciones espirituales.	
SECCION 2 ^a .	
RELACIONES ENTRE LA NATURALEZA DEL OBJETO Y LA CARACTERIZACION DEL DERECHO SUBJETIVO.....	342
CAPITULO I.	
LA OBJECCION DE LA IRRELEVANCIA DE LA NATURALEZA DEL OBJETO PARA LA DEFINICION DEL DERECHO.....	343
10.-Objeto y contenido del derecho subjetivo.	
11.-El fenómeno general de la modulación del derecho por su referencia objetiva.	

	CAPITULO II.	páginas
12.	EL OBJETO JURIDICO, COMO "PRIUS" NATURAL EN EL DERECHO DE COSAS.....	347
	CAPITULO III.	
	LA DIFERENTE PROBLEMÁTICA DEL DERECHO DE LOS CREADORES.....	350
	13.-La necesidad de distinguir intelectualmente entre posibilidades jurídicas y posibilidades reales.	
	14.-Formulación sintética del contenido del derecho.	
	TITULO II CONCEPTO Y TIPOLOGIA DE LAS CREACIONES ESPIRITUALES.....	357
	CAPITULO I	
	PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS.....	357
	15.-La tentación de una ontología metajurídica.	
	16.-Realidad y sentido, en la creación espiritual.	
	17.-El valor esencialmente tutelado al prohibir la multiplicación.	
	18.-La relevancia de la "forma externa".	
	CAPITULO II.	
	NOCION DESCRIPTIVA DE LAS CREACIONES ESPIRITUALES.....	375
	19.-Primera aproximación a su concepto.	
	20.-Las creaciones espirituales, como combinaciones ideales de elementos sensibles.	
	21.-Las creaciones espirituales, como combinaciones ideales dotadas de valor.	
	22.-Las creaciones espirituales, como "expresiones formales" modélicas o como "prototipos normativos expresos".	
	CAPITULO III.	
	TIPOLOGIA DE LAS CREACIONES ESPIRITUALES.....	394
	23.-Los dos sectores de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial".	
	24.-Los distintos tipos de creaciones de la "propiedad intelectual".	
	25.-Los distintos tipos de creaciones de la "propiedad industrial".	

TITULO III.

CARACTERIZACION Y ENCUADRAMIENTO CIENTIFICO
DE LOS DERECHOS SOBRE CREACIONES ESPIRITUA-
LES.

CAPITULO I.

ESTRUCTURA DEL DERECHO..... 404

26.-Derechos "absolutos" y derechos "relativos"

27.-Poderes jurídicos "remisivos" y "descriptivos".

28.-El modo peculiar de ser "absoluto" y de ser
"remisivo" el derecho de los creadores.29.-El objeto del derecho no es la creación es-
piritual misma, sino el conjunto de posibilidades de
acción que proporciona.30.-Criterios jurídicos instrumentales para la
identificación de la creación espiritual.

31.-La estructura del derecho de los creadores.

CAPITULO II

DERECHO COMPLEJO DE FACULTADES PERSONALES Y PATRI-
MONIALES..... 418

CAPITULO III.

ENCUADRAMIENTO CIENTIFICO DEL DERECHO DE LOS
CREADORES..... 421

**EL PROBLEMA DE LA INTELIGENCIA JURÍDICA
DE LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"**

**EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA
"PROPIEDAD INTELECTUAL" Y DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"**

"Propiedad intelectual" y "Propiedad industrial"

1.- Los derechos que recaen sobre las creaciones del espíritu humano constituyen el contenido de dos tratados tradicionales: la "propiedad intelectual" y la "propiedad industrial" (1).

La diversificación de la materia en esas dos grandes rúbricas parte de que ambas clases de derechos subjetivos se diferencian esencialmente, - en su régimen jurídico, en las notas que caracterizan a sus respectivos sistemas de protección y en la naturaleza misma de los objetos tutelados. Pero afirma también implícitamente su íntima conexión y aún la posibilidad de ser integrados en un tratado común que supere su radical diversidad.

Y es que, en efecto, la comprensión de muchos problemas particulares de - cada uno de estos sectores está condicionada a que se contemplan desde la altura de una disciplina general.

Uno de estos problemas es el de su naturaleza jurídica.

A su exposición y estudio se dedica el presente trabajo.

(1) Como es sabido, las discrepancias doctrinales con respecto al uso de estos dos términos son muy antiguas, como recuerda PIERRE BERNARD (vid. "El derecho moral de los autores", Madrid 1949, nota (1)). PLINIO JOLLA hace también alusión a la polémica surgida al constituirse la Unión de Berna de 1886, en que frente a la expresión francesa "propriété littéraire et artistique", los participantes alemanes defendían la de "Rehaberecht" (vid. - "Perspectives d'une Convention internationale concernant la protection de certains droits dits voisins du droit d'auteur" en "Etudes sur la Propriété Industrielle, littéraire et artistique", "Mélanges PLAISANT", Paris, 1960, pág. 711). Junto a las denominaciones, ya admitidas generalmente, de "propiedad intelectual" y "derecho de autor", las legislaciones anglosajonas utilizan la, en cambio, más restringida, de "copy-right".- La expresión "propiedad industrial"- que se contrapone a la alemana "gewerblicher Rechtsschutz"- fué introducida por la primera ley francesa de patentes, de 7 de enero de 1791 (vid. PIERRE BERNARD, "Propriété industrielle", "Origini e portata di tale formula legislativa", en "Studi di Diritto Industriale", Milán, 1949, pág. 7).- A pesar de todo, las denominaciones "propiedad - intelectual" y "propiedad industrial" son términos ya consagrados, de re-

El problema de la naturaleza jurídica

- 2.- Definir la naturaleza jurídica de una institución equivale a encuadrarla en alguna de las categorías que representan las determinaciones más generales a que puede reducirse la materia jurídica. Esta labor de construcción dogmática viene siendo el procedimiento más depurado de clasificación y caracterización desde los pandectistas y la escuela de SAVIGNY (2).

¿Cuál es el alcance de una tal operación desde el punto de vista de la teoría y de la técnica del derecho, así como de las exigencias prácticas de su aplicación?

La clasificación como instrumento cognoscitivo y normativo

- 3.- Referido el problema a nuestra materia la doctrina está descubriendo hace tiempo cuánto falsedad cuánto construccionismo inútil late dentro de ese esforzado empeño de determinar la naturaleza jurídica de estas instituciones mediante su encuadramiento en las categorías tradicionales heredadas del derecho romano. El jurista ha contemplado estas realidades muchas veces más que con el propósito de comprenderlas y traducirlas al lenguaje de una ordenación justa con el prejuicio de incluirlas en un casillero conceptual. Estos derechos han de ser o reales o de obligaciones; o manifestaciones del dominio o prerrogativas de la personalidad; o derechos sobre cosas o derechos a ejercer una determinada actividad. No ha querido pensarse cuánto hay de nuevo en los valores que implican frente a los cuales acaso no sirven los conceptos ideados por sociedades que no conocieron ni la imprenta ni el motor de explosión.

Ante a cualquier afán construccionista habrá que recordar que el derecho es un instrumento al servicio de la vida humana y que su justificación se encuentra en habilitar soluciones que posibiliten al hombre la realización

cepción universal.

(2) Vid. Antonio MARRASILL GIL "Etiología jurídica" Madrid 1945 nº 71 pág. 96: "A raíz de SAVIGNY la investigación jurídica se ajusta a unos cánones sagrados. Se elige una institución jurídica.... Se deslinda el elemento romano y el elemento germánico. Se agotan las opiniones de la doctrina indicándolas señalando sus errores y sus aciertos poniendo de relieve la dominante y acaso se elige una como verdadera. El concepto provisional de que se partió - mejor la idea- se transforma en concepto definitivo y éste se encie-

de sus fines individuales y sociales. Por eso el cometido del jurista no puede ser únicamente el de tratar las instituciones jurídicas como meras instituciones lógicas. La construcción y aplicación de un sistema de categorías son necesarias en nuestra ciencia que ha de investigar ante todo la forma de la posibilidad jurídica lo mismo que la ontología estudia las formas del ser y la lógica las formas del pensamiento. Pero entre uno y otro tipo de estudio existe una diferencia esencial y es que aquí no se pretende sólo conocer la realidad sino también y sobre todo, ordenarla más acertadamente, es decir, referirla a los valores fundantes del derecho. Todo instrumento lógico, por lo tanto ha de subrayar en el derecho su subordinación a la finalidad esencial de someter la realidad a un orden justo. Así, pues, la utilización de sistemas de categorías se justifica del mismo modo que el uso de conceptos en el pensar y en el conocer; como instrumentos con los que tenemos acceso a la realidad y podemos superar su multiforiedad, su inconexión, como mundo de intereses, de motivos y de casos, pero realizando siempre a la vez una función cognoscitiva y normativa. El ordenamiento jurídico tiene siempre una significación mediata, en cuanto traduce al terreno del comportamiento de los hombres los más altos valores de la justicia y de la moral, como corresponde a ese principio fundamental de la axiología, según el cual entre el valor y la conducta humana que lo realiza, se interfiere siempre, como mediadora la norma (3).

rra en una definición precisa. Pero la institución no es planta aislada; se integra en un todo orgánico en sistema; es sólo pieza o átomo del gran conjunto. Es necesario entonces señalar su engarce, su punto de contacto con aquél, el lugar que ocupa y a través de qué principio o concepto más general se pone en relación con el sistema. He aquí el importante problema de la naturaleza jurídica.

(3) "Una conducta obligatoria es una conducta que para alguien constituye un deber, y una conducta puede ser un deber para alguien sólo cuando hay una norma obligatoria o sea que vincula a alguien a su precepto imponiéndole un determinado comportamiento... Ese comportamiento "debe ser" por de pronto... Sólo lo que debe ser puede convertirse en deber. Pero esta conversión acontece en la vida como un hecho de libertad porque entre los valores y su posible realización por el hombre se interfiere una "norma" (Vid. Luis LEGAZ LACAMBRA, "La obligatoriedad jurídica" en "Anuario de Filosofía del Derecho" tomo I 1933 págs. 15-16).

La realización de esa doble función cognoscitiva y normativa que ha de atribuirse a la categorización de la realidad jurídica dependerá, pues, por una parte de la atención que se dispense a la observación y comprensión de la realidad; y, por otra, del hecho de que la operación en sí misma represente ya una justa solución de los intereses en juego, es decir, sea algo más que el resultado de una compunción desarrollada en el terreno puro de la lógica.

Se aprecia de este modo que la tarea del jurista nunca puede aspirar a un resultado exacto. Sus productos técnicos hasta que sean aproximativos, que cumplan su finalidad de referir la realidad tal y como es, a los valores del derecho. (4). Por eso es perfectamente admisible que existan distintas soluciones para un mismo problema cuya aceptación dependerá no de su mayor exactitud -el jurista no es ni puede ser una especie de "técnico de la verdad"-, sino de su mayor fidelidad interpretativa de su aptitud para determinar en cada caso lo que es justo y lo que es injusto.

Las dos metodologías contrapuestas en nuestra materia.

- 4.- Pero todo esto no autoriza, a nuestro juicio, el brusco cambio de derrotero que ha tomado parte de la doctrina al abandonar toda preocupación por la "esencia" y por el "objeto" de estas instituciones (5), para agotarse en una

(4) DABIN refiriéndose a la construcción del "derecho subjetivo" señala que la polémica en torno a su aceptación se reduce a determinar si las nuevas concepciones objetivistas constituyen o no una explicación "... más representativa de la realidad más exacta y más simple que la antigua" (vid. "Le droit subjectif", Paris 1952, pág. 20). Dentro de ciertos límites, este mismo problema se reproduce en muchos otros aspectos discutibles de la construcción jurídica en que las soluciones han de tener esa virtud explicativa y representativa de la realidad a que alude DABIN.

(5) Un ejemplo muy expresivo puede ser el de EIKENTSCHEK al rechazar que el de la esencia de estas instituciones deba ser ya el contenido de la doctrina ("Die Aufgabe besteht an dieser Stelle nicht darin, zu der besonders viel erörterten Frage des Wesens der Erbschafts- und Erbschaftsrechte Stellung zu nehmen ..." vid. Gr. Wolfgang EIKENTSCHEK "Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz", Munich y Berlin 1958, pág. 137).- Un amplio sector de la doctrina permanece fiel a la preocupación por el problema de la naturaleza jurídica. Así BREUER "Apenas sancionadas las primeras leyes de patentes y reconocidos los derechos del inventor se intentó determinar cuál era su naturaleza. La cuestión presente no sólo un interés doctrinario, sino también práctico" (Tratado de Patentes de invención", Buenos Aires 1957, vol. I, pág. 51). Valga, por todas la

labor verdaderamente necesaria y desatendida acaso anteriormente, pero - parcial - que es la de subrayar el "sustratum" económico de estas figuras, su incidencia en la competencia económica y su función instrumental en el mundo en que vivimos.

Nos encontramos así enfrentados a dos más que posiciones doctrinales, métodos radicalmente extremados y contrapuestos entre sí, a saber: la pretensión de resolver el tratamiento científico de las creaciones intelectuales y de las creaciones industriales mediante el empeño de su inclusión en alguna de las categorías del esquema romanista y de la técnica jurídica posterior, y la disolución de toda tarea clasificadora en una actitud descriptiva, casi puramente fenomenológica, que se conforma sólo con captar y comprender los hechos nuevos en toda su dimensión histórica y real. La primera de estas direcciones ha causado no pocos males a la teoría de los derechos sobre creaciones - espirituales, originando que el jurista muchas veces cierre los ojos ante la realidad y tema captarle en su fisonomía nueva, por si los hechos no caben en sus cuadros lógicos pre-establecidos. Elegido, por ejemplo, el arquetipo jurídico de la "propiedad" para calificar el derecho que posee el autor de una obra o el de una invención la doctrina pretenderá aplicar a esos hechos nuevos el esquema de la propiedad de un modo literal e íntegramente, llegando incluso a la demostración de que también aquí cabe un "ius abutendi", un "derecho de uso" y un "derecho de disfrute" (6).

cita de ULLMER: "Der Rechtswissenschaft bleib aber die Aufgabe die besondere Natur des Rechtes und geistigen Schöpfungen zu bestimmen" (vid. ULLMER, "Urheber -und Verlagsrecht", Berlin-Göttingen- Heidelberg, 1960 pág. 92).

(6) Puede verse, ad. ex., el razonamiento de G. de MEDINA Y SOBRADO, al señalar que también esta facultad de abusar de la cosa puede reconocerse en el derecho de autor. Pues si por "ius abutendi" ha de entenderse el poder destruir la cosa objeto del derecho, es verdad que el inventor, por ejemplo, no le cabe la destrucción del invento, por ser una cosa inmateral. Pero ese - derecho existiría, en cambio, cuando antes de publicar la creación "... hace firma uso de la voluntad de su espíritu con el propósito de olvidar o borrar de la mente para siempre -lo cual es posible- las ideas o concepciones que ha tenido" (vid. Pedro G. de MEDINA SOBRADO, "Naturaleza jurídica de la propiedad industrial y protección a los inventores en el Derecho Internacional y en el interno". La Habana 1949. pág. 50).

Pero la segunda posición tampoco es aceptable íntegramente. En ella se aportan interpretaciones descriptivas de la realidad nueva, que calan muy hondo en la comprensión del sentido de estas instituciones dentro de la economía de mercado y de la producción en masa, pero es a cambio de abandonar toda preocupación conceptual o de convertir en conceptos jurídicos nociones puramente económicas. En esta otra concepción, en efecto, estos derechos se califican por ejemplo, como "posiciones privilegiadas" en relación con la clientela, o como la prerrogativa de prohibir la imitación, o como simples monopolios legales (7). La lucha entre competidores -se nos dice- ha de discurrir dentro de unos límites jurídicos para que no sea lucha sin cuartel juego sin reglas. En ella existirán posiciones que no se pueden rebasar. "Quelles sont ces positions? Les définir c'est définir les droits de propriété industrielle" (8). Pero es que definir estas posiciones no puede ser, como afirma ROUBIER, definir los derechos; es sólo describir la realidad que les sirve de base y matizar los intereses que se hacen presentes en ella.

Estimamos que frente al empeño sistemático de introducir esa realidad en esquemas conceptuales "a priori", es preciso afirmar la necesidad de dedicarse exhaustivamente a una observación de los hechos para que queden reflejados y traducidos con toda fidelidad en cualquier teoría jurídica. Pero frente al empeño puramente descriptivo del fenómeno, hay que propugnar el mayor rigor teórico y conceptual y la vuelta a la metodología de la clasificación y de la sistematización.

De aquí que no nos parece en absoluto inútil la aplicación del esquema romanista a condición de ir a la realidad para que resulte contrastado, modificado e incluso innovado de acuerdo con lo que ella exija. "La mentalidad

(7) Vid. las concepciones de ROUBIER, ROQUIN y FRANCESCHELLI infra, pág.

(8) Vid. ROUBIER "Le Droit de la Propriété Industrielle", Paris 1932, vol. I, pág. 1

jurídica que es por naturaleza reflexiva y conservadora, no pueda, sin más arrojar por la borda los tesoros de la tradición. El error radica en juzgar las construcciones jurídicas.. como necesariamente imperocederas" (9).

Por lo demás para el jurista resulta irrenunciable la pretensión de situar cada institución con sus rasgos y notas peculiares al lado de las otras, integrando con ellas un sistema general; pues de lo contrario no tendría su labor el carácter de una tarea científica. Es un error en cambio pensar que no se ha resuelto el problema de la naturaleza jurídica de una institución, si no se aplica precisamente uno cualquiera de los tipos comprendidos en las clasificaciones estereotipadas y tradicionales; cuando esa misión - puede quedar cumplida también declarando que ninguna de esas categorías le conviene de un modo propio. Nada podría expresar mejor esta idea que aquella frase de ROUBIER: a nuevas formas de economía es natural que correspondan derechos también nuevos (10).

Los datos iniciales: objetos protegidos contenido del derecho y modos de adquisición.

5.- El problema de la naturaleza jurídica de estas instituciones pasa por ser uno de los más espinosos de la doctrina científica. La razón está en que todos los derechos que forman parte de estos dos grandes sectores de la - "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial" se diferencian profundamente de los demás derechos subjetivos tradicionales en tres aspectos de la mayor importancia: los objetos protegidos, las facultades que atribuyen asu titular y los hechos jurídicos a los que se condiciona su adquisición.

Ello obliga ante todo a precisar como simples datos iniciales que sirvan de punto de referencia en este trabajo, en qué consiste la peculiaridad que ofrecen estos tres elementos jurídicos (objeto contenido y modos de adquirir) causante de la dificultad que reviste la clasificación de estas figuras jurídicas dentro de las categorías conceptuales ya consagradas. Previa-

(9) Vid. Antonio HERNANDEZ GIL op. cit. pág. 136

(10) "On ne saurait être surpris de ce qu'une forme nouvelle d'économie engendre des droits nouveaux inconnus dans d'autres sociétés" (ROUBIER "Le Droit de la Propriété Industrielle" I. pág. 104).

mente sin embargo será preciso determinar cuáles son las instituciones comprendidas dentro del ámbito de cada uno de los dos tratados de la "Propiedad Intelectual" y de la "Propiedad Industrial".

- - - - -

De acuerdo con lo razonado hasta aquí el presente trabajo consta de tres Partes: En una I Parte se estudian las características y el contenido de los dos tratados de la "Propiedad Intelectual" y de la "Propiedad Industrial". En la II Parte se procede a hacer una exposición sistemática de las doctrinas sobre la naturaleza jurídica de estas instituciones. Y finalmente en una III Parte se desarrolla nuestra concepción sobre la naturaleza caracterización y encuadramiento de los derechos sobre creaciones espirituales.

- - - - -

I

CONTENIDO DE LOS TRATADOS
DE LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"

.....

**INSTITUCIONES COMPRENDIDAS
EN LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y EN LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"**

Indicación de plan.

6.- La "propiedad intelectual" comprende la protección de las creaciones espirituales en el mundo de la cultura y del arte; la "propiedad industrial" las que se refieren al sector de la técnica de la industria y del comercio.

Cada una de estas dos disciplinas no obstante incluye en su ámbito un conjunto de figuras jurídicas muy diversas. Se hace preciso determinar cuáles son las instituciones que han de considerarse formando parte de cada uno de estos dos tratados atendiendo así su contenido propio para lo que será necesario proceder a la especificación de los diferentes tipos de derechos que respectivamente incluyen en relación con las distintas clases de objetos tutelados. También habrá que delimitar estas instituciones de aquellas otras conexas y relacionadas con ellas que estrictamente no forman parte de los tratados de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial" o cuando menos tienen en ellos un lugar y una autonomía propias. Nos referimos principalmente en cuanto a la "propiedad intelectual" a los denominados "derechos conexos o vecinos" del derecho de autor; y en cuanto a la "propiedad industrial" a la disciplina de la represión de la deslealtad en la competencia. Otro problema cuya consideración especial siquiera marginal resulta interesante en fin es el de la llamada "propiedad científica".

DE LA "PROPIEDAD INTELECTUAL"

CAPITULO I

CREACIONES PROTEGIDAS POR LA "PROPIEDAD INTELECTUAL"

Los derechos de "propiedad intelectual". en relación con los distintos tipos de creaciones protegidas.

1.- La "propiedad intelectual" comprende el conjunto de derechos que recaen sobre lo que la doctrina científica y los diferentes sistemas legislativos denominan "obras literarias, científicas y artísticas" en sus diversos tipos y modalidades.

El concepto doctrinal de "creación intelectual" es amplísimo (a él hemos de referirnos en la III parte de este trabajo) y comprende, entre los principales tipos de obras que se consideran protegidas por la "propiedad intelectual" las que siguen:

a) - Las obras de literatura.- La "propiedad intelectual" protege, en primer lugar, las creaciones de la inteligencia que logran su expresión a través de la palabra. Su sentido intelectual (común a todas ellas) - está caracterizado por el hecho de que los "medios expresivos" (es decir las palabras) una vez sometidos a la percepción sensible mediante la audición o la lectura han de ser utilizados para la comprensión de la obra como elementos cuyo valor alusivo de representaciones, ideas y conceptos es susceptible de verificación gracias a la significación que poseen en el lenguaje.

Se trata de obras propiamente artísticas (que suscitan el sentimiento de la belleza), o de obras científicas técnicas o didácticas (en que se promueve el sentimiento de la verdad). El derecho tiene que atender en unas y otras a modalidades de ejemplarización que son comunes, como la "recitación, la "reproducción" o la "imitación" de la obra; su "extracto" o su "traducción" que quedan prohibidas para quien no sea el titular del derecho; y a otras peculiares de algunas de ellas, como la "interpretación" en las obras dramáticas.

b) † Las obras de pintura escultura y arquitectura.- En segundo lugar la "propiedad intelectual" abarca también la protección de las creaciones plásticas que poseen una serie de notas específicas y un régimen propio del que en su momento habremos de ocuparnos: la pintura el dibujo el grabado, en sus diferentes manifestaciones. La "reproducción" y "multiplicación" de la obra reviste aquí características muy distintas de las ordinarias en literatura, pues en las artes pictóricas nunca puede darse por reproducido íntegramente el modelo, que conserve para el original algo intransferible e incommunicable. Al lado de ellas están las artes del relieve, las obras escultóricas y de arquitectura que tienen también problemas especiales de "reproducción" y "ejecución".

c) - Las obras musicales.- En tercer término y constituyendo un grupo con fisonomía propia figuran las obras musicales cuyo medio material de expresión es el sonido. En ellas la reproducción de los signos convencionales con que dichos sonidos pueden ser representados gráficamente es la cuestión menos importante de las que ha de considerar el derecho. Es su "ejecución", su "interpretación", su adaptación y montaje su divulgación a través de toda clase de medios de multiplicación fonográfica la utilización de melodías como "letrados" de publicidad la difusión por la radio y la televisión y su utilización por el cine lo que reviste verdadero interés.

d) - La obra cinematográfica.- Como un tipo de creación artística extraordinariamente compleja, que suscita cuestiones muy especiales, ha de ser citado el "film" cinematográfico, en que, por una parte, impera un sentido de comunidad y colaboración que hace difícil la identificación del autor - entre cuantos aportan elementos creativos al resultado final; pero por otra, se hace preciso concluir la existencia de un creador unipersonal, - referido a la "obra cinematográfica" en sí misma. (11).

e) - La coreografía y la pantomima. - Finalmente ha de mencionarse otro tipo peculiar de obras artísticas: las coreográficas y las pantomímicas -

(11) Sobre la "obra cinematográfica" puede verse infra...

parodias y representaciones de "marionetas", a las que es común que la "expresión formal" tutelada la constituyen movimientos, gestos, ademanes, actitudes y posiciones físicas de personas. El valor creativo de estas obras es independiente del que puedan tener las obras literarias y musicales de que se sirven como fondo, tema y argumento. La creación incluye aquí valores estéticos propios derivados de esa combinación expresiva de movimientos corporales, que adquieren una significación superior a la meramente ilustrativa de textos o sinfonías. De aquí que la doctrina alemana las denomina "obras escénicas mudas" ("stummen Bühnenwerke") (12).

El problema jurídico que plantea la protección de una tal clase de obras es de gran interés. Lo protegido no es otra cosa que la "expresión formal" constituida por esas combinaciones de movimientos corporales delimitable como toda creación artística por vía ejemplar (es decir, mediante la percepción sensible de la realidad física aportada por el autor). Pero para ello es precisa su fijación en algo más que ese elemento sensible fugazmente percibido en el espectáculo de la danza o la pantomima. Sin embargo, la esencia de la obra son movimientos y figuras que tienen un cierto carácter modal al repetirse. La solución jurídica suele ser la formulación de esos movimientos, bien descriptivamente por medio del lenguaje escrito, ya mediante signos de valor convencional especialmente indicativos del proceso rítmico y pantomímico (al modo como las notas del pentagrama representan los sonidos musicales en la partitura); ya en fin fijándolos gráficamente a través de dibujos, diseños, bocetos o fotografías o con ayuda de un "film". En todos los casos, la fórmula jurídica tiende a convertir la obra en el resultado de la actuación de una norma o indicada expresamente o inducible implícitamente de una identificación ejemplar. Existen sistemas legislativos como el alemán que sólo admiten la primera clase de constatación de la obra coreográfica que es lo único que permite comprender que estas creaciones se protejan en la ley alemana como si fuesen obras literarias. La ley italiana, en cambio, acoge su protección si pueden fijarse por escrito o de cualquier otro modo. (13).

(12) Vid. Hans Günter HAUFFE "Der Künstler und sein Recht". Munich. s.f. pág. 19 sgtes.; ULMER, "Urheber -und Verlagsrecht". pág. 126.

(13) El párrafo final del art. 1 de la ley alemana de derecho de autor (de

Las obras protegidas por la "propiedad intelectual", en los ordenamientos jurídicos positivos y en derecho internacional unionista.

8.- Interesa también la determinación de los tipos de creaciones protegibles de acuerdo con los ordenamientos jurídicos positivos y el unionista.

El régimen español de derecho de autor está constituido fundamentalmente por la ley de Propiedad Intelectual de 10 de Enero de 1879 y su Reglamento de 3 de Septiembre de 1880. a más de otras disposiciones que regulan - aspectos parciales - como la Orden de 29 de Marzo de 1931 sobre inscripción de argumentos de películas cinematográficas; la ley de 24 de junio de 1941 que creó la S.G.A.E. (Sociedad General de Autores Españoles), cuyos Estatutos fueron aprobados por Decreto de 1 de Febrero de 1952; la Orden de 10 de Julio de 1942 sobre reproducciones gramofónicas de la obra original y la de 1 de Diciembre de 1941 que establece los requisitos de inscripción - de las reproducciones fonográficas; la Orden de 21 de Enero de 1950 relativa a los derechos de los adaptadores de obras del dominio público; la Orden de 22 de febrero de 1965 que regula la protección del derecho de autor en las obras cinematográficas, etc..

Según el art. 1 de la Ley de 1879 se encuentran protegidas por la Propiedad Intelectual las "obras científicas, literarias o artísticas, que puedan darse a la luz por cualquier medio". El concepto como se ve, no puede ser más amplio y omnicomprensivo. En esa noción tan general resultan incluidas toda clase de creaciones intelectuales y artísticas.

También las demás legislaciones aceptan una noción explícita de "obra literaria o artística" al determinar cuáles son las creaciones comprendidas en la "Propiedad Intelectual" aunque varíe en cada una de ellas la fórmula le-

19 de junio de 1901, con las modificaciones introducidas en 22 de mayo de 1910 y 13 de diciembre de 1934) declara que las obras coreográficas y pantomímicas serán protegidas como obras escritas en todo caso. La ley italiana (de 22 de abril de 1941, modificada el 23 de agosto de 1946), en el apº 3) del art. 2 extiende su protección a las obras citadas: "cuyas indicaciones escénicas consten por escrito o de otro modo" (Pueden verse los textos - en castellano - en el "Repertorio Universal de Legislación y Convenios sobre derecho de autor", compilado por la U.N.E.S.C.O. Madrid, 1960, 2 vols., y en los idiomas originales, en "Cpdice della Proprietà Industriale e del diritto d'autore", de Eduardo BONASI BENUCCI y Mario FABIANI, en la Colección Legislativa dirigida por ZANOBINI, Milán, 1960).

gislativa utilizada, que en unas se acoge a la técnica de la definición, en otras a la de la descripción y enumeración de los tipos de obras protegidas, y en muchas, en fin, consiste en el empleo de ambos criterios conjuntamente. (14).

Igualmente la Convención de Berna de 9 de Septiembre de 1876 (que creó la Unión Internacional para la Protección de las obras literarias y artísticas) contiene en su art. 2 (en el texto revisado de Bruselas de 1948) un amplio concepto de las obras incluidas en su protección, al referirse a toda clase de obras literarias, científicas y artísticas, con expresa mención de las coreográficas y pantomímicas, las cinematográficas, las fotográficas, las cartas geográficas, etc.

Por último el art. 19 del Convenio Universal de la Unión sobre Derechos de Autor de 6 de Septiembre de 1952 declara que los Estados miembros se comprometen a prestar protección a las "obras literarias, científicas y artísticas, tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura".

(14) Así la ley francesa de 11 de marzo de 1957 considera protegibles "todas las obras intelectuales, cualesquiera que sean el género, la forma de expresión, el mérito o el destino de dichas obras" (art. 29), haciendo seguidamente una especificación de sus diversos tipos. La ley italiana alude a las obras literarias, dramáticas, científicas, didácticas y religiosas, tanto en forma escrita como oral; a las coreográficas y pantomímicas, las escultóricas, pictóricas, del arte del dibujo, del grabado y figurativas análogas; las de arquitectura y las cinematográficas (art. 2). Portugal, en su ley reguladora de 27 de mayo de 1927, extiende su protección a "todas las producciones intelectuales del dominio literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o la forma de publicación", concepto general que es desarrollado luego a través de una enumeración amplia e ilustrativa. Entre las legislaciones iberoamericanas más interesantes figuran la de la República Argentina (ley nº 11.723 de 28 de septiembre de 1933, modificada el 2 de Octubre de 1957) y la de México (ley de 29 de Diciembre de 1936); y entre las restantes extranjeras, la ley turca de 10 de Diciembre de 1937. La ley argentina protege "toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción" mencionándose, aparte las obras de literatura y las musicales, las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura y arquitectura; los impresos, planos y mapas plásticos, fotografías, grabados y discos fonográficos (art. 1). La ley mexicana, en su art. 2, con gran generalidad se refiere a cualquier "obra literaria, didáctica, científica o artística" incluyendo una detallada enumeración de sus distintos tipos. Por último la ley turca divide las "obras protegibles" en los siguientes grupos: 1) "Obras científicas o literarias (lo son todas las que puedan ser expresadas en cualquier

CAPITULO II

LOS DERECHOS "VECINOS" DERIVADOS O CONEXOS" DEL DERECHO DE AUTOR.

Sus relaciones con el "derecho de autor"

9.- Los derechos de intérpretes ejecutantes y productores vienen siendo considerados como derechos "vecinos derivados o conexos" en relación con la "propiedad intelectual". La opinión general es que todos ellos "derivan" del derecho de autor es decir presuponen el derecho específico de un autor sobre la obra que ha creado constituyéndose como corolarios jurídicos en favor de terceras personas que realizan una función determinada en la materialización de una creación ajena.

Por ello mismo la expresión "derechos conexos" alude a un conjunto de instituciones que estrictamente rebasan ya el "derecho de autor" pero tienen con él algún género de parentesco (la terminología alemana los denomina "verbundene Rechte"). Contemplan intereses de muy variada naturaleza cuya tutela de algún modo se apoya en la que se presta al propio autor; intereses de quienes no son autores propiamente hablando y que sin embargo se manifiestan en torno a una creación intelectual o artística.

Lo primero que puede dudarse pues es que constituyan un conjunto homogéneo. Están integrados de modo fundamental por los derechos de los intérpretes y ejecutantes de la obra y de los productores de discos y expresas de radio y televisión respecto a los cuales podríamos decir con palabras de

forma por medio del lenguaje las danzas pantomimas u obras similares del teatro las fotografías técnicas y científicas que no posean carácter estético y todos los mapas diseños planos etc. pertenecientes a la geografía topografía y arquitectura); 2) Obras musicales (entendiendo por tales las composiciones de música de cualquier tipo con o sin palabras); 3) Obras artísticas (constituidas por las pinturas de toda clase dibujos grabados - grabado en relieve; estatuas relieves esculturas; obras de arquitectura; obras de artesanía y objetos pequeños de diseño artístico y fotografías artísticas) y por último 4) obras cinematográficas (toda clase de películas y diapositivas para proyección) (artículos 2 a 5).

Marcel BOUTET: "Sea como sea reunidos o no estos derechos derivan los tres del derecho de autor"... lo que no supone disminuir su calidad o mérito - "... sino vincular su existencia a la preexistencia de la obra". (15).

El problema de los "derechos conexos" ha surgido esencialmente como consecuencia de la necesidad de valorar autónomamente la intervención de quienes contribuyen con su actividad personal artística o con su iniciativa empresarial a la divulgación, difusión, conocimiento y goce de la obra por parte de zonas de público cada vez más extensas. Para CIAMPI su aparición no es sino una muestra más de la crisis moderna del derecho de autor de la que la institución sólo puede salir triunfante con la afirmación del carácter personal y moral de la creación superando cualquier concepción que la encierre dentro de marcos puramente patrimonialistas y económicos. ¿qué otra cosa son en efecto, los derechos vecinos o conexos reclamados por los artistas intérpretes o ejecutantes, por los fabricantes de fonogramas y por los organismos de radiodifusión, sino nuevas tentativas de limitar la esfera de exclusividad del autor? (16). Y es que en general tales derechos de un modo u otro, se -

(15) Vid. "le droit d'auteur et les droits dérivés" en "Mélanges PLAISSANT" Paris 1960 vol. II pág. 219;

(16) Vid. CIAMPI "Diritto da autore - Diritto naturale" Milán 1957, pág. 34. Algunos autores incluyen en el concepto de "derechos conexos" instituciones alejadas de las que tratamos. Así Luigi SCITILII (vid. "L'opera dell'ingegno" Milán 1954 págs. 41-42) para quien forman parte de ellos también determinados aspectos de la tutela de la personalidad o del secreto personal - (de la correspondencia, derecho sobre el retrato - o a la propia imagen - o artículos y noticias, etc...) lo utilizamos nosotros la expresión en sentido tan lato. No son sólo a nuestro juicio, sin embargo, los intérpretes, ejecutantes y productores de medios mecánicos de grabación y reproducción los que suscitan el problema de una protección específica en el sentido de los "derechos conexos". Hay que contar también a los directores escénicos, creadores de decorados, ideadores de bocetos escénicos teatrales, etc., sin contar con el supuesto especial de los productores cinematográficos, cuya posición jurídica está íntimamente relacionada con la determinación del autor de la "obra cinematográfica" por lo que no parece adecuado incluirlos aquí. Sobre la naturaleza y contenido de los "derechos conexos", cabe referirse a LEHMANN, "Le droit de l'artiste sur son interpretation", Paris, 1953; T. LUND, "Les droits des fabricants de disques" (Mélanges PLAISSANT, tome II, pág. 259); Georges STRACHEV, "Nouveaux aspects du droit d'auteur et les droits conexos en radiodiffusion", Bruselas-Paris, 1950; Francisco WERPP, "Radiodiffusion, - télévision et droit d'auteur", Paris, 1958; Erich SCHULZE, "L'artiste et la technique"; Berlin-Frankfurt, 1960; Renato CORRADO, "Opere dell'ingegno. - Privative industriali" vol. 69 fasc. 29 del "Trattato di Diritto civile" dirigido por Giuseppe GROSSO y Francesco SATTORO-PAGARELLI, Milán, 1961, pág. 37; HUBBARTH "Urheber -und Verlagsrecht", Munich-Berlin 1.959.- pág. 210;

traducen en un debilitamiento de la posición de señorío exclusivo en que se encuentra el autor según la concepción clásica. (17).

3 La materialización de la creación por los intérpretes y ejecutantes, en las obras literarias y musicales.

10.- La situación de intérpretes y ejecutantes en la materialización de la creación intelectual protegida (obras literarias y musicales) es muy peculiar. En la "propiedad intelectual" se observa un fenómeno que, como veremos, no puede en cambio apreciarse por ejemplo, en "propiedad industrial"; y es la relevancia que adquiere la naturaleza del elemento materializador o reproductor. Tomando como punto de comparación una de las creaciones más típicas de - entre las protegidas por la "propiedad industrial", que es la invención, - verificamos en efecto, el diferente valor que la materialización de la creación tiene en uno y otro sector. La invención -como razonaremos- es la idea a la que ha llegado el inventor sobre cómo actuar en el futuro, sobre las - fuerzas naturales, si se quiere resolver un determinado problema técnico. Es, pues, algo que ha de hacerse, no algo ya hecho, como la creación literaria y artística. Exige una actividad de tercero encaminada a realizar eso que hay que hacer (que es el valor que tiene la obtención del objeto inventado, la - fabricación de la máquina en cuya concepción es en la que la invención consiste). Lo que sucede es que "eso que hay que hacer" lo ha establecido el - inventor con tal precisión y de modo tan virtual, que cualquier técnico medio, sin más que llevar a la práctica las indicaciones del inventor, puede - conseguir en la realidad un ejemplar de la creación inventiva, sin aportar el mismo, en cambio, nada esencial ni propio para comercio, ya que el resultado se logra lo mismo, cualquiera que sea el que aplique la regla dada por el inventor, lo que quiere decir que hay que atribuirlo a la virtud que tenía objetivamente la norma, no a la habilidad o cualidades personales del ejecutante. (18).

ETTORE VALERIO y ZARA ALGARDI. "Il diritto d'autore", Milán, 1943, pág. 211 sigtos; H.H. v. RAUSCHER AUF WEEG "Das Aufführungsrecht der Interpreten und Schallplattenhersteller nach geltenden deutschen Recht", Colonia, 1940; DU - PASQUIER, "Le droit de fabricant sur les disques de gramophone", Ginebra-París, 1940.

(17) Vid. "Le droit d'auteur et les droits dérivés, en "Etudes sur la propriété industrielle, littéraire, artistique", MÉLANGES Marcel FLAUBERT, París, 1940, pág. 219.

La materialización de la obra literaria o artística plantea problemas muy diversos. Por una parte, no es algo que hay que hacer, sino algo ya hecho y realizado: el manuscrito, la estatua, el lienzo, la melodía, tal y como salieron de las manos del propio autor. Por consiguiente, la intervención de un tercero en la materialización de la creación parece que debería ser aún más irrelevante que respecto a la invención; porque en ésta, al menos el tercero tenía que producir la realidad física ejemplarizadora, partiendo, sí, de una regla objetivamente actuable, pero que en definitiva, es preciso aplicar; mientras que en las creaciones de la propiedad intelectual cualquier materialización posterior a la que originariamente ha dado el autor a su obra al crearla, se limitará a ser una "actualización" de esa realidad primigenia y, por lo tanto, pura homologación suya, sin margen alguno para la intervención autónoma o valorable de un tercero.

Y, sin embargo, en la materialización de la obra literaria o artística se da una circunstancia que no se aprecia en la materialización de las invenciones: la posibilidad de que revista dos modalidades diferentes. La obra intelectual se exterioriza siempre en unos elementos sensibles, que constituyen su "corpus mechanicum". Ahora bien, en ciertos tipos de creaciones intelectuales (en las literarias y musicales) hay dos modos de fijar esos elementos sensibles que son respectivamente las palabras y los sonidos: uno consiste en crear la realidad material que los evoca (el "manuscrito" y la "partitura"); otro, en proporcionar directamente su percepción en la actuación de un intermediario (un intermediario que puede ser el propio autor); es lo que sucede con la recitación, la interpretación, la ejecución, la representación.

En el primer caso, el perceptor apprehende los elementos sensibles en que se exterioriza la creación (los sonidos o las palabras) de un modo indirecto: mediante la percepción de los signos que los aluden (las letras del alfabeto, las notas del pentagrama) teniendo para ello que verificar el sentido convencional que tales signos tienen, como elementos representativos. En el segundo, los elementos sensibles son captados directamente, al percibir la actuación que (siguiendo la norma implícita en la realidad física previa aportada por el autor) realiza un tercero; el intérprete o el ejecutante. En defini-

(1) *vid. infra.*

tiva, el "corpus mechanicum" de la creación, en esta clase de obras (pues existen otras, como la pintura, en que entre la creación y la percepción de los elementos sensibles no puede interponerse intermediario alguno) el "corpus mechanicum" de la creación puede estar constituido por una "cosa" o por una "persona".

La exteriorización de la creación de un modo "real" (en el "manuscrito" o en la "partitura") es más estable y duradera; los elementos que materializan la creación son realidades físicas autónomas, que sobreviven a cualquier acto de percepción y pueden ser sometidas a un número ilimitado de ejemplarizaciones idénticas, es decir, son susceptibles de una repetibilidad indefinida.

Por el contrario, la materialización que se confía a la actuación física de uno o varios sujetos intermediarios es extraordinariamente fugaz, se sobrevive a la percepción, pero en cambio, tiene algo más que un valor instrumental y significativo, en cuanto que ofrece la realidad sensible constitutiva de la "expresión formal" de la obra, de un modo directo. Claro está que el intermediario sujeta su actividad a una norma ajena (la que se encuentra implícita en la realidad material aportada o evocada por el autor al crear la obra). Así, el recitador lo que hace es pronunciar precisely y concretamente las palabras prescritas por el poeta y; el actor las consignadas por aquél en la obra dramática. Del mismo modo, el ejecutante hace surgir de su instrumento musical precisamente los sonidos integrantes de la composición original. Ninguno de los dos, al materializar la creación, es decir, al prestarle un "corpus mechanicum" directo, dejan de ser - como lo es el constructor de la máquina inventada, con respecto a la concepción inventiva de ella - aplicadores de normas ajenas: las contenidas en el "texto" o en la "partitura" del autor.

Pero en la labor del intérprete o del ejecutante no hay eso sólo, en cuanto que los elementos físicos que encarnan a la creación a través de su actividad son constituidos por pertenencias, cualidades, elementos de su propia personalidad. El actor no sólo pronuncia palabras ajenas, sino que al hacerlo, ofrece a la percepción aprehensora de la obra su voz, su gesto, su actitud, su ademán, los cuales ya son atributos suyos cuya actuación se rige ante todo por normas personales. Lo mismo sucede con el virtuosismo del ejecutante, que además ha de aportar a la encarnación física de la obra una ver-

sión especial (que incluso llega a llenar una actividad artística específica, que es la del director), en relación con prescripciones del autor - susceptibles de una modulación muy peculiar: el tono, la dicción, la matización del sonido, y sobre todos ellos, el ritmo, que no puede sino ser mencionado aproximativamente en la "partitura". (19).

El elemento creativo en la interpretación y ejecución.-

- 11.- La peculiaridad que ofrece la intervención del intérprete o del ejecutante se aprecia si se tiene en cuenta que en la primera modalidad de materialización de la obra literaria o musical, la obtención de una realidad física homóloga de la creación misma no exige por parte del tercero cumplir otra prescripción sino la de repetir en otra unidad material los elementos sensible significativos que figuran en la primigenia (las mismas letras o las mismas notas). En cambio la materialización por la actuación de un intermediario se caracteriza frente a aquélla, no sólo por su fugacidad, ni tampoco únicamente por la relevancia que haya que dar en ella a la aportación de elementos propios del intérprete o del ejecutante (la voz, el gesto, la imagen, la habilidad ejecutiva), como una parte de la doctrina quiere (20); sino por la circunstancia especial de que al intermediario, junto a los elementos normativos ajenos, proporcionados por el autor, tiene que regir su actuación por otros elementos normativos propios: los emanados de su personalidad. Por consiguiente, el resultado, el nuevo ejemplar material constituido por la "versión" del intérprete o del ejecutante, no es consecuencia exclusivamente de la objetiva aplicación de las prescripciones creativas del autor, sino también, en parte, de la actuación de normas personales del intérprete; y eso es precisamente lo que en su núcleo más íntimo define a la creación espiritual: el ser el resultado exterior de la aplicación de normas personales. Por eso se dice del gran actor o del director -

(19) J. FOUS, refiriéndose a la constancia escrita de la obra musical señala que se sirve de "... un convencionalismo de escritura que en la Edad Media - tan sólo servía por su absoluta imprecisión para hacer recordar lo que previamente se había aprendido al oído. Y aún hoy día, con todos los progresos de la semiografía musical, la notación sólo es capaz de determinar con exactitud una de las cualidades del sonido, la entonación, sin que ni la intensidad ni el timbre y, lo que es peor, ni su elemento vivificador, el ritmo, puedan escribirse más que con una aproximación muy relativa e imprecisa, susceptible de las más diversas apreciaciones" (Vid. "El carácter inmaterial - en las creaciones", en REV. DCHO. PRIV., enero 1949, pág. 37).

genial que han realizado una "creación" al interpretar o ejecutar la obra; y esta aportación creativa -siquiera adicional, pues el sentido semántico, intelectual o formal de la creación permanece idéntico siempre -, es la que sitúa al intérprete y al ejecutante en una posición cercana a la del autor, en el plano de las estimaciones, y "conexa" con él, en el de las valoraciones jurídicas; sin que en uno ni en otro pueda olvidarse, sin embargo, la situación de primacía que corresponde al autor frente a la cual la del intérprete se constituye como una posición menor, subordinada y no autónoma.

Fijación de la actuación interpretativa por medios técnicos y mecánicos.-

12.- Si siquiera reducida a los límites indicados, la posición jurídica del intérprete puede adquirir una referencia objetiva directa a la obra. La creación subsiste íntegra por encima de las posibles "versiones" de quienes procedan a darle una materialización personal. A lo más que podría aspirar el intermediario, por tanto, sería a que su actuación fuera tenida en cuenta al considerar la obra en esa "versión" ejemplarizadora concreta en la que él intervino. Pero frente a esa pretensión se levanta la idea de que lo único que puede tener una entidad objetiva es la obra interpretada, no la versión dada por el intérprete que es absolutamente fugaz e inestable; que no se incorpora a ninguna realidad física repetible de un modo objetivo; que constituye en fin únicamente el material de las vivencias del espectador.

En esta situación se produce un cambio fundamental con la aparición de los procedimientos técnicos y mecánicos de fijación de los elementos sensibles ofrecidos por el intérprete: fonografía, magnetofonía, fotografía y cinematografía. (21). Una materialización que se caracterizaba por su fugacidad (lo que le vinculaba tan estrechamente a la obra, por sí misma inalterable y repetible de modo indefinido) ahora adquiere una cierta entidad autónoma no en cuanto obra, pero sí en cuanto versión concreta de ella, gracias a estos nuevos medios de fijación que hacen que la ejemplarización por intermediario pueda también repetirse idéntica a sí misma, sin precisar concurso personal alguno. Se ha creado así una realidad material perdurable y per-

(21) Vid. SORDELLI "L'opera dell'ingegno, ya cit. pág. 3

ceptible por cualquiera cuya reproducción pueda lograrse de un modo impersonal y objetivo y en consonancia con esa situación nueva ahora el intérprete pretende referir su derecho a esa ejemplarización perceptible y concreta que él ha materializado; a su versión personal "cosificada" de la obra del autor.

Con ello se estima en definitiva que el intérprete o el ejecutante han transformado la obra, de una prescripción que se encontraba sólo en el plano normativo, en una realidad asequible a todos dotando a la creación de la forma comunicativa precisa para que pueda ser gozada y disfrutada. Y se pretende, junto al reconocimiento de un derecho exclusivo del autor de la obra, considerada en su acepción normativa, la declaración de un derecho exclusivo del intérprete a su formalización personal; de modo que la autorización del autor será suficiente para que se reproduzca la creación artística, si queda fijada en una combinación ejecutiva diversa; pero no bastará para la reproducción mecánica de la versión del intérprete, para la que hará falta también su consentimiento y se impondrá su correlativa participación económica (22). Todo esto hace surgir un nuevo tipo de conflictos de intereses en que, tratándose de las reproducciones mecánicas, llega a hablarse, por ejemplo, de la "obra fonográfica" frente a la creación obra del autor, que es la composición -

(21) Los medios de reproducción mecánica "... fijando en el tiempo y en el espacio formas de interpretación y ejecución hasta aquel momento inmediatas y caducas por su naturaleza, han hecho posible un disfrute ulterior y diverso de las repeticiones. De aquí los conflictos entre intérpretes productores de medios mecánicos de repetición o difusión... y autores que vienen a insertarse en los conflictos ya existentes entre productores y autores" (Vid. BORDELLI, "L'opera dell'ingegno" pág. 4-5).- LUND, con referencia a la grabación fonográfica y a su carácter de aportación a la creación, dice: "De parte del autor la manifestación -de la obra- como tal es neutra. Lo que le da el color y el carácter individual es la interpretación de la obra por parte del artista ejecutante. No existen dos manifestaciones idénticas sobre todo si se trata de dos artistas diferentes pero incluso en caso de identidad dos manifestaciones de la misma obra discurrirán siempre diferentemente" (Vid. "Les droits des fabricants de disques", op. cit. pág. 264-265).

(22) Vid. LUND, op. cit. págs. 264-265.

musical. (23).

Ante la tendencia a incluir estos intereses dentro del sector de la "propiedad intelectual" (es decir, a extraerlo del campo del "Leistungsgerecht", o derecho de prestaciones, para introducirlo en el "Urheberrecht" o derecho de autor), se justifica la necesidad de recordar que el "verdadero creador de la obra que permite sus diversas multiplicaciones es el autor que la ha escrito o concebido". (24).

Conclusiones.-

13.- En relación con el problema de encuadramiento suscitado por la protección de los intereses de intérpretes, ejecutantes y empresarios de medios mecánicos de reproducción de obras literarias y musicales, concluiríamos que, a nuestro juicio, el tratamiento jurídico de la materia se encuentra fundamentalmente en la regulación contractual general; que no está justificado, sin atender a la concepción clásica del derecho de autor, incluir directamente dentro de la "propiedad intelectual" figuras autónomas que entrañen un "derecho exclusivo" de la misma naturaleza que el del creador, en favor del intérprete, del ejecutante o del empresario, referido a la "versión" interpretativa objetivada por medios mecánicos; y que, todo ello no obstante, los conflictos de intereses y los problemas que suscita la tutela de autores, intérpretes y productores de medios mecánicos son tan complejos y se relacionan tan estrechamente con el derecho de autor, que no es posible eliminar toda esta materia del contenido de la "propiedad intelectual", en el que debe figurar como un apéndice en que las fórmulas legislativas examinadas a -

(23) La ley italiana de 17 de junio de 1937, reguladora de la materia antes de la vigente de 22 de abril de 1941 -y que no entró en vigor por falta de reglamentación- incluía en el art. 12, refiriéndose al "disco" la expresión "obra fonográfica" verdaderamente impropia e inadmisible puesto que implica la equiparación entre la reproducción de la creación y ésta misma (Vid. - contra esta concepción - la posición de FOMES, en "La teoría de los derechos conexos y la protección de los fabricantes de discos", en la REV. de la UNIVERSIDAD DE MADRID, 1943, pág. 253. La propia Oficina de Berna hubo de rechazar la petición de la Asociación de artistas y literatos en pro de la inclusión expresa de la "obra fonográfica" entre las "obras protegidas" por el derecho de autor a que se refiere el art. 2 de la Convención; negativa que se fundó en que el disco fonográfico es sólo un medio de fijación de una obra, sin los caracteres de originalidad precisos y que como tal es únicamente una "obra industrial" (Vid. sobre VALERIO, "Il diritto d'autore", pág. 221, nota (1)).

(24) Vid. VALERIO, op. cit. pág. 198.

proteger todos estos otros intereses concurrentes con el del autor sean reguladas y contempladas dentro del sector especial de unos "derechos conexos", cuya aceptación viene impuesta por la realidad misma y que por sí sola deja a salvo, como principio al que no puede renunciarse, las prerrogativas y los derechos del creador de la obra (25)

(25) La posición del empresario de medios de reproducción fonográfica se encuentra regulada entre nosotros por la Orden de 24 de Abril de 1943, según la cual, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, la protección de la "propiedad intelectual" se extiende a la "obra fonográfica", cuyo productor viene a ser considerado como una especie de autor de la versión reproducida. Con razón NICLAS VALVERDE subraya que aquí no se protege una actividad creadora, sino empresarial y estima que este género de tutela no se encuentra dentro de la línea tradicional de la protección al derecho de autor. (Vid. "Propiedad Intelectual", Barcelona, 1962, pág. 35 sigtes). A nuestro juicio, el productor fonográfico no es más que un empresario, cuya posición jurídica ha de ser equiparada a la del "editor" en la reproducción de obras literarias. No difiere, sin embargo, esta regulación española de otras legislaciones, como la italiana (que en su art. 72 concede al productor de discos fonográficos el derecho exclusivo de reproducirlos, sin perjuicio de los derechos del autor, y una compensación por la utilización lucrativa del disco (art. 73); o de la alemana de 13 de Diciembre de 1934, que considera dicha ejecución mecánica como una "adaptación" (art. 2. 2º). En la doctrina germánica se distingue entre creación nueva y "adaptación" de otra ya creada ("Bearbeitung"). La primera implica una verdadera "recreación", en tanto que la segunda constituye una modificación original de la obra, que da lugar a otra obra protegida en sí misma, pero dependiente o subordinada, en cuanto que han de respetarse los derechos del autor (Vid. ULLMER, "Urheber- und Verlagsrecht" ya cit., pág. 139). Como indica RINTJEN (Vid. "Urheberrecht und Urhebervertragsrecht", Viena, 1958, pág. 79), la "adaptación" tiene un sentido técnico equivalente al de "modificación de la forma externa de la obra" en la que, sin embargo, se contiene el "núcleo" de la creación, es decir, - aquello que RINTJEN denominaba su "forma interna" ("innere Form"), y que RINTJEN llama "Gestalt" (Sobre el problema de la "forma externa" y de la "forma interna" de la creación, vid. infra.).

Planteamiento del problema.-

14.- Las ideas, las combinaciones de pensamientos y de conceptos pueden ser protegidas, bien por el régimen de la "propiedad intelectual" bien por el de la "propiedad industrial", según su formulación y carácter. La "propiedad intelectual" las protege en cuanto quedan expresadas en la manifestación formal - que constituye la "obra literaria" en que constan. No protege directamente el contenido en sí; es decir, no garantiza que no han de ser utilizadas aprovechadas y aplicadas por otros las ideas que se exponen en esa forma literaria sino al sistema y la vestidura formal en que esas ideas se expresan. En cambio la "propiedad industrial" protege directamente la idea misma en su contenido intelectual; la invención es decir, "una idea como tal" ("eine Idee als solche") en la expresión de GIERKE (26); pero siempre que con la aplicación de esa idea se obtenga de modo inmediato un resultado útil la solución de un problema técnico.

Queda pues fuera del ámbito de estas dos disciplinas la protección de aquellas ideas que desprovistas de su manifestación formal son valiosas desde el punto de vista científico pero no se concretan en una aplicación útil determinada: los descubrimientos científicos las construcciones teóricas los resultados de la investigación pura. Estas ideas y concepciones son la fuente de muchas soluciones concretas; pero por sí mismas no las proporcionan. Para encontrarlas sirviéndose de ellas hace falta la actividad ingeniosa e inspirada de un "inventor". (27).

(26) "El producto intelectual que constituye el objeto del derecho del inventor no es una obra espiritual individualizada mediante la unión de la idea y la forma sino una idea como tal" (Vid. Otto GIERKE "Deutsches Privatrecht" Munich y Leipzig 1936 tomo I. pág. 834).

(27) "Las relaciones entre el descubrimiento científico y la producción son en realidad muy estrechas pero regularmente habrá entre ellos un intermediario es decir la invención" (Vid. Stojan PRITCHARD "Position actuelle du problème relatif aux droits des auteurs de découvertes scientifiques" en PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE Ginebra 1962 nº 12 Diciembre pág. 304.).

Y este es precisamente el problema que suscita la denominada "propiedad científica". Se trata de recordar que el investigador, el sabio no pueden acogerse a ninguno de esos dos sistemas protectores de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial". El primero no puede beneficiarles porque limita su tutela a la expresión formal del pensamiento sin extenderlo al pensamiento mismo, desvinculado de toda forma. El segundo tampoco los alcanza, porque ese pensamiento que se trata de proteger es importantísimo y valioso en el orden del avance de la ciencia y como base de inventos y descubrimientos futuros; pero por lo general no contiene en sí mismo la fórmula concreta para convertirlo en una solución técnica e industrial determinada. Ahora bien, si se tiene en cuenta - que luego bastará con que un técnico avisado prueba las ideas del sabio y las aplique hasta lograr extraer de ellas un modo de obrar útil, para que se le conceda un derecho exclusivo sobre la solución hallada, mientras el que aportó las teorías y los descubrimientos que le sirven de base, no merece de la sociedad - ninguna recompensa, se comprenderá cuál es el fondo de justificaciones desde el que se reclama la organización de un tipo de tutela específica al sabio y al investigador, al lado de la que otorgan la "propiedad intelectual" y la "propiedad industrial": un género de tutela que se denominaría "propiedad científica". (28).

Su organización se presenta no sólo como una exigencia de justicia, sino incluso como una cuestión de desarrollo del sentido jurídico y como una fase que cons-

(28) Se trata de "asegurar al sabio autor de un descubrimiento de principio la remuneración que se le niega actualmente por las leyes en vigor". (Vid. POIGNON "Comment le Droit peut-il protéger l'oeuvre scientifique?", Paris 1.929 - pág. 16-17. Merecen citarse sobre este tema de la propiedad científica: Jacques ROBIN, "L'oeuvre scientifique: sa protection juridique, est-elle pratiquement - réalisable?", Paris 1928; Georges GANIEL, "Etat actuel de la question de la propriété scientifique", en "PROPRIETE INDUSTRIELLE" 1923, págs. 113, 131, 146 y 169 y sigtes.; GANIEL, "Etat actuel de la question de la propriété scientifique", en "PROPRIETE INDUSTRIELLE" 1925, pág. 209 sigtes; FERNAND-JACK, "Un nouveau projet d'institution de la propriété scientifique", en "PROPRIETE INDUSTRIELLE", 1949, - pág. 177; Stojan PRETNAR, "Position actuelle du problème relatif aux droits des auteurs de découvertes scientifiques", en "PROPRIETE INDUSTRIELLE" 1962, págs. - 279 y 302 y sigtes.; ROUBIER, "Le Droit ...", I pág. 55. Vid. además la bibliografía citada en las obras referidas de POIGNON y ROUBIER, y los números de la revista "PROPRIETE INDUSTRIELLE" citados por FERNAND-JACK en su aludido trabajo.

tituiría la culminación de todo un proceso en la protección de las creaciones intelectuales (29).

Los intentos de organizar una protección específica.

13.- La idea de una "propiedad científica" se desarrolla fundamentalmente en los años posteriores a la primera guerra mundial y en consideración a la situación penosa en que se encuentran los investigadores, los hombres de ciencia, que contrasta con los beneficios cuantiosísimos que el progreso técnico está proporcionando constantemente al inventor, a través del sistema de patentes. La idea se concreta definitivamente en 1921, lanzada por KOLTZ, Secretario General del Comité de Derechos de Autores y Artistas, concebida como una última etapa de la "propiedad industrial"; pero reconoce una mayor antigüedad. (30).

(29) Así, ROUBIER, ("Le Droit...", 2 pág. 57): Hay que tener en cuenta que "... la protección de los derechos intelectuales no ha cesado de progresar, que debe lógicamente llegar a su término, que es consagrar los derechos más elevados del pensamiento; que no hay propiedad más sagrada en un estado social superior que la que se adquiere con el trabajo, el talento, incluso el genio. La propiedad científica sería el consagramiento del edificio elevado a la gloria de los derechos de la inteligencia". - La fundamentación de la "propiedad científica" para algunos, se encuentra precisamente en la tesis de la "propiedad": el sabio y el investigador poseen, lo mismo que el autor sobre su obra y el inventor sobre su invención, una verdadera propiedad sobre sus concepciones y teorías. DALIMIER y GALLIE, a decir de POIGNON, -op. cit. págs. 123 sigtes- han defendido con ardor esta idea; "Donde hay creación, debe haber propiedad". Para POIGNON, en cambio, las ideas son por sí mismas inapropiables e inalienables, por lo que esa fundamentación de la "propiedad" no puede sostenerse (op. cit. pág. 139).- Más comúnmente la justificación de esta "propiedad científica" quiere encontrarse en que las ideas y las concepciones del sabio son una aportación valiosa por la que la sociedad debe pagar algún precio.

(30) Vid. ROUBIER, "Le Droit ...". I. pág. 36 POIGNON indica que el primer intento de planteamiento del problema de la "propiedad científica" tuvo lugar con motivo del Congreso de Londres de la "Association littéraire et artistique international". El tema se trató nuevamente en Congresos posteriores (1888 y 1895) a través de comunicaciones y estudios de OFFERT y DAVANNE. En 1898 el Congreso celebrado en Turín acordó unánimemente que "todas las obras del pensamiento actualmente excluidas de la ley fuesen colocadas sobre un pie de igualdad con las obras literarias y artísticas". Nuevos intentos se registran en el Congreso de 1900 de las Asociaciones de Inventores y en el informe presentado por PESCE al celebrado en Wiemar.

A partir de ese momento son muy numerosos e interesantes los informes, estudios e incluso proyectos elaborados por diferentes juristas, entre los que figuran señaladamente BARTHELEMY DALINIER y GALIE, GABRIEL RUFINI, etc. (31).

Las diversas fórmulas ideadas para organizar una protección específica al autor de ideas, teorías y descubrimientos de carácter científico, - que no incluyan soluciones prácticas directamente traducibles en una actuación concreta útil (pues si las oportunas constituirían verdaderas invenciones para cuya tutela basta la "propiedad industrial"), podrían clasificarse en los siguientes grupos:

- a) - La "patente de principio". Esta solución consistiría en conceder al científico un derecho exclusivo a la aplicación y a las derivaciones prácticas de su descubrimiento o concepción. Esta es el tipo de solución propugnada en el proyecto BARTHELEMY.

La aceptación de esta especie de "patente de principio" en favor del investigador y del sabio, -tan distinta de la que se denomina así en el derecho de invenciones tradicional (32)- no parece posible porque aparte otras razones implicaría un obstáculo insuperable para

se producen interesantes estudios sobre el tema por parte de KLOTZ en 1914 y hay diferentes actuaciones y propuestas en 1920 y 1921. (Sobre todos estos antecedentes, puede verse la ya citada obra de POIGNON (pág. 55 y siguientes) y el trabajo de FERNAND-JACK cit. supra nota (27).

(31) Vid. POIGNON y FERNAND-JACK obras ya citadas. Según aquél, el proyecto LUFFINI fué incluso suscitado en el seno de la propia Sociedad de Naciones en Julio de 1923 e incluso llegó a articularse un proyecto en Francia en 1928. FERNAND-JACK examina como una de las más recientes manifestaciones de este movimiento la resolución aprobada en Francia en 1938 por la "Société des Ingénieurs civils" (op. cit. pág. 179).

(32) Hay que distinguir en efecto entre lo que en el derecho de invenciones se llama "patente de principio" y esta especie de monopolio en favor del sabio. Son instituciones totalmente dispares. El problema que plantea la llamada "patente de principio" es el que sigue: El inventor puede no limitarse a indicar la solución técnica concreta que constituye su invento y que reivindica ante el Estado pasando además a establecer cuál es el principio, la ley o el descubrimiento aportado por el inventor del que deriva la invención descrita. La cuestión que se plantea es si en estos casos especiales en que el inventor anuncia un principio científico, pero además describe y reivindica una aplicación concreta del mismo en el campo de la utilidad, lo protegido por la patente es sólo esa aplicación concreta, o también el principio en sí, con lo que constitui-

el progreso técnico e industrial (33).

- b) - El "derecho a participar" en la explotación de los inventos derivados. En esta obra posición se descarta toda idea de establecer un monopolio en favor del investigador o del sabio sobre el resultado de sus investigaciones, limitándose a proponer que se declare a su favor el derecho a participar económicamente en los beneficios que produzcan los inventos cuya obtención ha sido gracias al conocimiento, a la utilización y a la realización de las ideas o teorías del científico.

Se establecería así, no una exclusiva "erga omnes", sino un "derecho de crédito" del científico frente a la sociedad entera, frente al inventor o industrial explotante del invento, o frente al usuario, pues estas tres modalidades distintas ofrece esta solución (34).

ria violación de la exclusiva la ejecución, sin su consentimiento, de cualquier otra aplicación diferente de la específicamente enunciada. El tema forma parte, pues, de la problemática del derecho de patentes de invención, como lo ha hecho ver FERNAN-JACK (fig. "Les brevets de principe et la question des équivalents" en PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, 1948, pág. 31) y en definitiva, reconduce a la cuestión, tan importante en dicho tratado, de la determinación del ámbito de la protección que otorga la patente, al modo como ha sido estudiada, por ejemplo, por STOLFI, en su interesante trabajo "Die Bestimmung des Schutzbereichs der Patente", Munich y Berlin, 1959.

(33) Es incomprensible, sin embargo, que la ley española (el vigente LPI) haya incluido entre los objetos patentables los "descubrimientos científicos", con tal de que tengan carácter "propio y original", según acredite un período de información pública, con el preceptivo informe de Academias y Centros competentes (art. 47, primer párrafo del LPI). La innovación se debe a una de las infortunadas modificaciones introducidas en el antiguo texto por el Decreto de 26 de Diciembre de 1947 y no ha tenido aplicación práctica alguna. El resto de las legislaciones rechazan la posibilidad de patentar las teorías o los descubrimientos científicos, si no van acompañados de la indicación de la aplicación práctica y realizable a que conducen.

(34) ¿Quién debe retribuir al sabio por su aportación? ¿La sociedad entera, que se beneficia de sus teorías y descubrimientos genéricamente; el inventor que los ha aprovechado para, con su ingenio y esfuerzo, lograr una solución realizable y práctica, basándose en ellos; el industrial que explota ese invento, o el usuario que recibe su beneficio, en forma de nuevos objetos o nuevas soluciones útiles? STOLFI propugnaba la primera solución

Las dificultades la extraordinaria complejidad y la falta de viabilidad de esta fórmula en muchos aspectos son evidentes (35).

c) - La creación de un sistema de indemnizaciones sociales.- Como una tercera alternativa de recompensar al investigador y al científico se apunta la necesidad de crear una institución pública que se apartaría a la vez de la técnica de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial"; la "indemnización social" al sabio regulada legalmente. Existiría una tabla legal de recompensas que tendría derecho a percibir de la sociedad todo el que aportara un descubrimiento o una investigación de la que se beneficiara el progreso científico.

(vid. POIGNON op. cit. págs 141-142) y a ella pareció responder la ley francesa de 16 de abril de 1930 que creó una "Classe des arts, des lettres et des sciences" con autonomía financiera para la obtención de los recursos que hicieran posible el proyecto de Convención elaborado en Julio de 1928 por la Comisión Internacional de cooperación intelectual, en Ginebra (vid. FERRAND-JACK "Un nouveau projet d'institution de la propriété scientifique" ya cit. pág. 179).- Por su parte POIGNON considera justo que la "rédevance" o participación del sabio la pague el industrial, explotante del invento derivado de sus teorías o concepciones (op. cit. - pág. 157 sigtas).

(35) Entre tales dificultades cuenta ^{la} identificación de las ideas o concepciones teóricas que habrían de dar lugar a este género de protección. Ni su previa descripción ante un registro ni la comprobación posterior de la relación de causalidad existente entre el descubrimiento científico y una invención determinada parecen para ello procedimientos seguros. Más difícil aún resulta determinar cuáles habrían de ser las ideas o teorías protegibles y constituye un problema de la mayor complejidad el de fijar el criterio a seguir para la percepción de los "derechos" "honorarios" o "participaciones" del sabio (Según POIGNON podrían ser proporcionales a los beneficios del explotante o independientes de la utilidad obtenida inclinándose por el segundo sistema, pues: "El 'forfait' es impenso. Será más fuerte si el servicio rendido por el sabio es más considerable, pero éste no podrá nunca reclamar otra cosa que un pago 'fijo'" -op.cit., pág. 215-216). La cuestión más difícil está en fin en determinar la relación de causalidad que existe entre la teoría o el descubrimiento científicos y una invención determinada para poder considerarla tributaria de aquéllos. ¿Hasta qué punto esa invención constituye la aplicación del principio científico propuesto por el sabio y en qué medida deriva de él? He aquí una pregunta que por sí sola es capaz, a nuestro juicio, de privar de toda viabilidad a cualquier fórmula de esta clase.

La fórmula no tendría otra novedad, con respecto al sistema de premios y recompensas sociales que, a través de distintos caminos o iniciativas, existen hoy ya organizados en los distintos países, que su carácter reglado, su naturaleza pública y el constituir un derecho que, cumplidas las condiciones establecidas por la ley, asistiría al investigador (36).

(36) PRETHAR ha razonado así la falta de viabilidad de una protección al científico análoga a la que se dispensa al inventor: "... en una situación social basada en la producción de mercancías, la institución de los derechos relativos a los descubrimientos científicos, sobre el modelo del derecho de autor o del derecho de patentes de invención, es imposible, - tanto en la teoría como en la práctica". Los derechos de autores e inventores "... están basados en el fenómeno de la producción de mercancías y en las relaciones sociales resultantes". Según PRETHAR, es que la protección al sabio no puede organizarse confiriéndole un monopolio sobre su descubrimiento, ni siquiera atribuyéndole participación alguna sobre sus aplicaciones prácticas, sino en forma de una indemnización social. La compensación al sabio no puede establecerse sobre la base de una relación entre el descubrimiento y el inventor (o el explotante), sino entre el descubrimiento y la sociedad, que es la que debe "premiar" su esfuerzo - (Vid. PRETHAR, "Position actuelle du problème relatif aux droits de découverte scientifiques", en *PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE* 1962 págs. 279 y 302) Estaríamos conformes totalmente con PRETHAR y sus conclusiones si no tuviéramos que formular al tratamiento que da al problema dos reflexiones esenciales: 1) Que la dificultad que se opone al establecimiento de una "propiedad científica" análoga al derecho de patentes de invención no es meramente de carácter económico, consistente en que la aportación del sabio se sale ya del plano de la producción de mercancías, sino de naturaleza esencialmente jurídica: es que un descubrimiento en sí mismo, considerado como simple "idea" no es una creación espiritual (pensar no es por sí mismo crear, moneremos luego) y carece de los requisitos indispensables para la objetividad jurídica, al no constituirse ni como "expresión formal" que incorpore implícitamente los elementos normativos que la hagan apta para su multiplicación indefinida, ni como enunciado normativo expreso, de cuya aplicación a una materia o energía de un modo objetivo e impersonal resulte una realidad física que materialice la creación. Un descubrimiento científico, antes aún que no ser una mercancía, lo que no es es una "quasi-cosa" (como lo son los objetos protegidos, tanto por la "propiedad intelectual" como por la "propiedad industrial"), un "medio de acción apto para la objetividad jurídica. 2) Que lo que habr'a que concluir de todo ello es que el problema de la "propiedad científica" resulta insoluble; y lo es tanto en los países occidentales basados en la propiedad privada - de los medios de producción, como en los socialistas mismos; pues no parece adecuado señalar que en éstos se ha logrado establecer una verdadera "propiedad científica" constituida por el régimen de indemnizaciones sociales que regulan en favor del autor de descubrimientos científicos, cuando,

Resumen.

16.- Habrá que concluir que a pesar de los intensos esfuerzos realizados y de las razones de justicia aducidas la "propiedad científica" sigue siendo no sólo un "ideal" sino a nuestro parecer un ideal inalcanzable. Si de lo que se habla al propugnarla es de un derecho que de algún modo implique la exclusividad del investigador con respecto al descubrimiento o a la concepción teórica, en sí mismos. (37) No creemos sea posible plantear el problema de la recompensa al hombre de ciencia por sus desvelos, a través de una verdadera "protección jurídica" de sus aportaciones desvinculadas de toda forma expositiva y expresiva. Ello no quiero decir - que no haya que destacar la importancia de la investigación, la necesidad de premiarla y estimularla y su función relevante, aún desde el punto de vista práctico, si quiere sostenerse el ritmo creciente del progreso técnico e industrial.

como muy bien sabía FRETHAK un sistema de esta clase implica abandonar la idea de unos "derechos exclusivos" sobre la aportación científica, que es en el fondo la fórmula a la que se aspira cuando se habla de dicha "propiedad científica". En resumen: el alegato de FRETHAK demuestra a la vez la imposibilidad de una tal "propiedad" y la necesidad de sustituir ese género de soluciones por un sistema reglado de recompensas públicas. En ese aspecto, la experiencia de los países de economía socialista empezando por la U.R.S.S. no puede ser más interesante y sugestivo.

(38) FERNAND-JACQ (en su trabajo ya cit. "Un nouveau projet d'institution de la propriété scientifique") termina sus consideraciones con estas palabras referidas al proyecto de 1936 que ha venido examinando en el mismo: "Lo menos que se puede decir es que el proyecto le falta oportunidad e incluso seriedad" No parece puedan sustraerse a esta clase de juicios las fórmulas ideadas para la instauración de una verdadera "propiedad científica". Sobre la importancia de la investigación para asegurar la incesante corriente de invenciones, puede verse "L'invention dans l'industrie".

Paris 1966.- Si se abandona el principio del "derecho exclusivo" es perfectamente posible establecer una protección pública eficaz para el investigador. Precisamente la Convención que instituye la "Organización Mundial de la Propiedad Industrial" surgida de la reunión de Estocolmo de Julio de 1967 incluye entre las modalidades de protección dos descubrimientos científicos. (vid. J.E. DAKSARELV "La protection juridique des découvertes scientifiques en PROP. INDUSTRIELLE" Marzo 1969, pág. 70).

DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"

CAPITULO I

INSTITUCIONES COMPRENDIDAS EN LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"Los tres tipos de objetos protegidos por la "propiedad industrial"

17.- Estrictamente constituyen el contenido de la "propiedad industrial" los derechos que recaen sobre tres tipos de objetos diferentes: 1) inven-
ciones (y su variante "menor" los modelos de utilidad); 2) "dibujos"
y "modelos" industriales; y 3) signos distintivos de carácter mercantil.
Esta división tripartita es aceptada por la doctrina generalmente, si-
guiendo la sistemática desarrollada por ALLART. ROUBIER ha propuesto -
denominar a las "invencciones" creaciones de "fondo"; y a los "dibujos
y modelos industriales" creaciones "de forma" contraponiendo ambos tipos
de objetos a los signos distintivos utilizados por la empresa ("nombre
comercial" y "marca" de fábrica o de comercio especialmente) (33).

(33) Las creaciones en la esfera de la industria -según ALLART- podrían subdividirse en tres clases diferentes: las que se caracterizan por la producción de un resultado industrial (descubrimientos e invenciones), las que consisten en una combinación de líneas o colores o de relieves que dan a los productos un aspecto y una fisonomía especial (modelos y dibujos de fábrica) y las que tienen por objeto la creación de un signo destinado a hacer conocer y a garantizar el origen de los productos del comercio o de la industria (Vid. II. ALLART "Traité théorique et pratique des brevets d'invention" París 1911 pág. 2. En la enumeración, ALLART invierte el orden incluido en el texto).- (Vid. ROUBIER "Le Droit de la Propriété Industrielle" I. pág. 15; Las modalidades de la "propiedad industrial" de carácter creativo son de dos clases: creaciones "de fondo" (invencciones) y creaciones "de forma" (dibujos y modelos industriales). Las primeras conducen "a un resultado útil que constituirá una ventaja para la industria o como suele decirse un resultado industrial nuevo". "El inventor aporta a la sociedad por la creación debida a su pensamiento y a su trabajo un verdadero bien nuevo producto o procedimiento a explotar". "A las creaciones de fondo de carácter utilitario consagradas por las patentes se oponen las creaciones de forma de carácter ornamental consistentes en los dibujos y modelos que dan a un objeto un aspecto exterior nuevo". La innovación en estos casos consiste en "... una forma un color o una figura especial propia para satisfacer el gusto y para ser apetecida por ella misma". Frente a estas modalidades creativas, se encuentran los signos distintivos de carácter mercantil.

Ahora bien: al lado de estas instituciones, que de manera estricta formen parte del ámbito de la "propiedad industrial", tradicionalmente se incluyen también en su contenido otras figuras que por su parentesco con ella o por formar parte de disciplinas de algún modo afines, se estima requieren un estudio conjunto. Se trata de la represión de la "competencia desleal", de la regulación de las "marcas colectivas" y de la utilización de "indicaciones de procedencia" y "denominaciones de origen" de los productos.

Con respecto a ellas será preciso determinar si han de ser justamente incorporadas al tratado de la "propiedad industrial" o, por el contrario, pertenecen a otros sectores jurídicos separados y diversos.

La delimitación de la materia en la legislación española, en el derecho comparado y en el internacional unificado.

16.- La legislación vigente en la materia está constituida entre nosotros fundamentalmente por el Real Decreto-Ley de 26 de Julio de 1929, en la redacción definitiva que le dió la Orden de 30 de abril de 1930 y que el Decreto-Ley de 22 de mayo de 1931 declaró subsistente con el nombre de "ESTATUTO SOBRE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL". El EPI fué modificado, por lo general con poco acierto, por el Decreto de 26 de Diciembre de 1947.

En materia penal aparte el art. 534 del Código penal que define los delitos contra la propiedad industrial de una forma genérica, rigen aún los artículos 131 a 144 de la antigua Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, que en todo lo demás quedó sustituida y derogada por el referido EPI. Una de las tareas más inaplazables y urgentes para la organización de una protección adecuada en nuestro país es la reforma de esta legislación. (30).

(30) Son conocidos los defectos, las lagunas, las expresiones oscuras y los errores de concepto de que adolece en muchos aspectos el EPI, disposición fundamental en la materia, de la que ha podido decir DIAZ VELASCO que es "acaso la ley científicamente más imperfecta de cuantas están vigentes en España" (Vid. "¿Serán erratas de imprenta? Examen crítico del Decreto de 26 de Diciembre de 1947 por el que se modifica el vigente "Estatuto de Propiedad Industrial" en REV. DCHO. MERCANTIL, 1947, pág. 411).

Según el art. 2 del EPI, las modalidades de la "propiedad industrial" - en la legislación española son: "a) Las patentes de invención, de introducción y certificados de adición. b) Las marcas o signos distintivos de producción y de comercio. c) Los modelos de utilidad, los modelos y dibujos industriales y los artísticos. d) Los nombres comerciales y los rótulos de los establecimientos. e) Películas cinematográficas". (40).

Prescindiendo del último de los apartados de este artículo, es decir, el

La necesidad de la reforma y modernización de esta legislación es aceptada unánimemente, y es de desear que la Comisión oficial que viene realizando sus trabajos a tal fin en el Ministerio de Industria desde hace ya varios años, los culmine pronto en una propuesta de modificación que tanto se está haciendo esperar. La Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, bajo la dirección de su Presidente, Joaquín GARRIGUES, - elaboró hace ya tiempo un Anteproyecto de Ley de Patentes, que de haber sido tomado en consideración, traduciriéndose en la disposición adecuada, - habría logrado cambiar la situación, en materia de protección de las invenciones de manera fundamental. El referido Anteproyecto, convertido en Ley, constituiría, en efecto, una fórmula moderna y ágil, que habría de resolver muchos de los problemas que plantea la regulación actual. (Vid. "Reformas del Derecho de Patentes español", Madrid, 1967).

(40) En la enumeración que hace el Estatuto se observan diversos errores - de concepto y de sistema. En primer lugar el citado art. 2 considera como registrables, unas veces derechos (como lo son las patentes mencionadas en el apartado a)) y otras los objetos de esos derechos, como son los que se enumeran en los apartados restantes. En segundo término, la mención se hace sin criterio sistemático alguno, separando los "modelos de utilidad" de las invenciones, de las que constituyen únicamente una modalidad "menor" y englobándolos con los "dibujos y modelos industriales", cuya naturaleza es totalmente dispar. En fin, se citan como otro de los objetos - registrables las "películas cinematográficas" de las que se comprueba luego (artículos 219 y siguientes) que sólo resultan afectadas aquí en lo que se refiere a "Los títulos que correspondan como distintivo a los argumentos o guiones de las películas cinematográficas que se produzcan para su explotación industrial" y que como se ha dicho ya constituyen uno de los tipos de "obras protegidas" por la "propiedad intelectual", lo que da lugar a que DIAZ VELASCO afirma refiriéndose a ellas que "sólo por un error inadmisiblemente están reguladas en el Estatuto" (Vid. "Propiedad Industrial", en DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO Ed. Labor, Barcelona, 1950. II, pág. 3157).

de las "películas cinematográficas", cuya inclusión dentro del régimen de "propiedad industrial" es injustificable. las demás modalidades indicadas en el precepto legal son las que tradicionalmente se incluyen dentro del contenido de este sector en los demás ordenamientos jurídicos positivos aunque se observen en ellos diferencias de tipificación y de enunciado.

Aparte de estas instituciones que estrictamente constituyen el contenido de la "propiedad industrial", tal y como es entendido clásicamente, se refiere también el API a las "marcas colectivas" (artículos 136 y siguientes) y a las "falsas indicaciones de procedencia y de crédito y reputación industrial" (Capítulo III del Título VII artículos 264 y siguientes); a más de regularse mediante las disposiciones subsistentes de la Ley de 16 de Mayo de 1902 (artículos 131 y 132) las infracciones en materia de "competencia ilícita" (que es la expresión que la legislación española utiliza para designar la que en otros ordenamientos jurídicos se denomina con mayor exactitud "competencia desleal").

El Convenio de la Unión de París de 20 de Marzo de 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial en su última redacción dada en Londres el 2 de Junio de 1934 (que es la ratificada por España) en el número 2 de su art. 1 define su ámbito señalando que tendrá por objeto la tutela de "las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, el nombre comercial y las indicaciones de procedencia o apelativos de origen, así como la represión de la competencia desleal".

CAPITULO II

CONCEPTO PRELIMINAR DE INVENCION

Las "creaciones de fondo": "invenciones" y "modelos de utilidad"

19.- El primero de los tres tipos de objetos protegidos por la "propiedad industrial" lo constituyen los que, siguiendo la terminología de ROUBIERE, podrían denominarse "creaciones de fondo": las "invenciones" y los "modelos de utilidad".

La "propiedad industrial" comprende, en efecto, en primer lugar, los derechos exclusivos que recaen sobre estas aportaciones creativas en el dominio de la utilidad, que vienen a servir finalidades concretas dentro de ella, con la ideación de medios nuevos para lograrlo.

Habría que comenzar recordando que los "modelos de utilidad" no son sino variantes "menores" del concepto genérico de "invención"; verdaderos inventos que constituyen en algunas legislaciones una modalidad específica, por razones puramente prácticas, como se indicará. Por consiguiente, no es preciso proceder a dar una noción separada de lo que son las "invenciones" y lo que son, como algo distinto de ellas, los "modelos de utilidad", pues la diferenciación entre unas y otros en realidad estriba en apreciaciones simplemente de "grado", de modo que, si siquiera resulta seguro el criterio que suele admitirse de que en los "modelos de utilidad" la creación útil se refiere únicamente a la forma nueva ideada por el inventor para un objeto ya conocido.

Parece preferible por tanto dentro de la finalidad de estas indicaciones puramente instrumentales, dar un concepto de "invención" (en el que quedará ya englobado genéricamente el propio concepto de "modelo de utilidad" que no es sino una invención de menor entidad y altura) para seguidamente señalar las razones de que ciertos sistemas legislativos regulen la modalidad peculiar de los "modelos de utilidad" e indicar los criterios en que -dentro de la inseguridad ya dicha- cabría fundar la diferenciación entre las "invenciones" y esta otra variante de ellas contemplada por algunos ordenamientos jurídicos positivos como el español; a más de subrayar la clara disparidad que, en cambio, existe entre estos "modelos de utilidad"

y los que se denominan "modelos industriales", que son ya verdaderas "creaciones de forma".

La invención como concepción protegida directamente en su contenido ideal.

20.- La invención es la idea a la que llega una persona sobre cómo debe usarse una materia o energía para lograr la satisfacción de una necesidad humana, dando así solución a un problema técnico que no había podido resolverse hasta entonces.

Es, pues, ante todo una simple idea, en el sentido de GIENKE (41); es decir, una concepción que el derecho considera relevante por su propio contenido ideal y no por la forma como ese contenido pueda quedar expresado.

Pues, por tanto, en este aspecto una naturaleza totalmente diversa de la obra literario-científica, que la integran el pensamiento, sistema de verdades, conceptos y relaciones de carácter ideal, pero en la cual -por decirlo con palabras de ARE- que es uno de los autores que han profundizado más en el tema- el derecho no protege nunca el "contenido expresado", -sino la forma que lo expresa y notifica (42). Como se dijo ya anteriormente sobre una teoría científica, por ejemplo, recae exclusiva alguna en fa-

(41) Vid. supra pág.

(42) Mario ARE ha escrito un trabajo de gran interés, todo él dedicado a delimitar qué es lo que se protege por el derecho al tutelar a la obra literaria o artística: "L'oggetto del diritto di autore". Milán, 1963. La tesis de ARE es, en síntesis, que hay que distinguir dos grandes sectores de creaciones intelectuales; según se encuentren destinadas a enriquecer el mundo de la cultura o el de la técnica. Las creaciones protegidas por el derecho de autor tienen como única finalidad la satisfacción de puras exigencias del pensamiento, mientras que las de carácter técnico e industrial persiguen la obtención de resultados útiles en el campo de la materia a través del dominio de las relaciones de causalidad que las rigen (op. cit. pág. 19). Este rasgo a juicio de ARE, transiende a la protección jurídica y explica suficientemente las diferencias que en este aspecto se manifiestan en la tutela de unos y otros tipos de creaciones. El tema fundamental de que se ocupa ARE es la delimitación de lo protegible dentro de la obra intelectual, y en la invención. A este respecto contraponen a los criterios habituales su propio criterio. Si las creaciones intelectuales y estéticas sólo persiguen la satisfacción de exigencias del pensamiento, como el único modo de actuar -el intelecto en el campo de las relaciones intersubjetivas -señala ARE- es

vor de su autor. La "propiedad intelectual" no alcanza a prohibir que esa concepción teórica se utilice se aplique se profese y se exponga en forma literaria por quien quiera sin contar con la autorización del autor; se -

la "comunicación", eso quiere decir que el derecho ha de centrar su atención para acotar lo protegible en una obra artística en aquello en que estriba su virtud comunicante a otros. podríamos decir; lo que para ARE está constituido única y exclusivamente por todo aquello que en la obra es "expresión". Sólo los elementos de la obra que pertenezcan a la "expresión" - es decir - que poseen una función "notificante" - quedarán protegidos por el derecho de autor que, en cambio, no tutelaré lo que se notifica, a saber, ni el contenido ni el objeto expresados. Por el contrario en las invenciones como lo que persiguen es obtener resultados útiles mediante el dominio de las relaciones de causalidad que rigen la materia, lo relevante no será nunca ningún elemento expresivo sino a la inversa, el contenido técnico expresado. Díganosle con las propias palabras de ARE: La obra intelectual "... es expresión y en tales límites se determina la exclusiva sobre la utilización económica de la forma asumida por ella. Al contrario, la tutela cubre el "contenido técnico" de la invención que aunque debe ser descrita y, por consiguiente, expresada a efectos de su tutela, es protegida en sí y por sí, en su función técnica sustancial; por lo que la exclusiva se determinará, no - sobre la base de su expresión (simple condición de tutelabilidad) sino sobre su contenido intrínseco y por consiguiente sobre su actuación práctica" (op. cit. págs. 126-129). Este criterio le permite deslindar en una serie de casos límite o dudosos hasta dónde alcanza la protección jurídica puesta en relación con los distintos elementos de la creación, en cada uno de estos dos sectores.- A nuestro juicio el método utilizado por ARE al extraer todo su criterio de la observación tópica de que las obras intelectuales pertenecen al mundo de la cultura y las invenciones al de la técnica, es evidentemente fundado, pero ofrece también indudables fallos. En primer término obliga a ARE a admitir en toda obra artística una clara separación entre "expresión", de una parte, y "objeto expresado", de otra, lo que sólo puede lograrse a través de observaciones sutiles que no siempre es posible compartir (Puede verse por ejemplo su empeño en demostrar que en una obra pictórica o en una composición musical hay siempre un "objeto expresado" lo que a nuestro parecer conduce a una posición extremada y puede inducir a error sobre el verdadero carácter de estas obras). La fuerza además a dar un concepto que - estimamos demasiado lato de lo que ha de entenderse por "expresión" (Así, se ve obligado a razonar que el "tema" o "argumento" de una obra literaria forma parte del momento expresivo, para no tener que aceptar una de estas dos conclusiones: o que la protección excluye a estos elementos de la obra, o que los protege a pesar de ser el "contenido" u "objeto" expresado).- Por encima de todo esto, no obstante, la tesis de ARE es de un gran interés y encierra una verdad evidente: una verdad que toca la esencia misma de las creaciones intelectuales e inventivas, que nosotros preferimos ver a través de la constatación de su "textura normativa". Como se expone luego (vid. infra) las creaciones espirituales en nuestra opinión, son todas ellas objetos culturales es decir realidades naturales (palabras, sonidos, trazos materiales) ordenadas o combinadas de tal forma que puestas en relación con su respectivo sentido poseen un significado valioso. Si son literarias po-

limita únicamente a impedir los actos de reproducción imitación o copia que incidan sobre los elementos formales mediante los cuales la ha dejado plasmada su autor en la obra que ha escrito. Lo que no se puede plagiar es la forma en que la teoría es expuesta (y en la forma entran los elementos ordenadores del contenido como el sistema o el criterio expositivo); pero es perfectamente lícito asimilar ese contenido vertiéndolo en otra - "vestidura formal" que signifique -literariamente hablando- una verdadera "re-creación". Como hemos dicho ya, la "propiedad intelectual" no otorga ese tipo de protección referida al mudo "contenido ideal", que se postula por la llamada "propiedad científica". (43).

Pues bien: cuando se trata de la invención no sucede lo mismo. Aquí el derecho toma en cuenta directamente el "contenido ideal" de la concepción - inventiva con total independencia de la forma expresiva que pueda dársela por el autor o por un tercero. (44).

seen un sentido intelectual o semántico; si pictóricas un sentido formal o sídico. Son todos objetos culturales es decir realidades naturales - caracterizadas por que su esencia consiste en lo que signifiquen no en lo que son. Pues bien: mientras las creaciones intelectuales son unidades de significación intelectual o formal, las invenciones poseen en cambio un - sentido final o tético; es decir sólo puede saberse lo que son a través de la finalidad que sirven. De aquí deriva un rasgo diferenciador fundamental entre uno y otro tipo de creaciones: que en las literarias y artísticas el autor ha de aportar de un modo u otro la realidad natural significativa (las palabras los trazos los sonidos) mientras que en las invenciones el inventor no precisa proporcionar realidad natural alguna, sino que le basta con limitarse a prescribir cómo será esa realidad aún no existente en el futuro. Y esto proporcionará un criterio para la delimitación de lo protegible: el derecho protegerá en las creaciones intelectuales y estéticas las posibilidades prototípicas que se encuentran implícitas en la realidad natural aportada por el autor; y en las invenciones, en cambio, las posibilidades prototípicas formuladas por el inventor expresamente. Sobre todo este tema vid. infra.

(43) Vid. supra.

(44) Un problema distinto es que como la idea inventiva al igual que cualquier pensamiento sólo puede ser reconocida e identificada por los demás en su verdadero alcance mediante su exposición o través de palabras -único modo de aprehenderla- la formulación que el inventor proporcione de esa idea tiene la relevancia jurídica de delimitarla como objeto sobre el que recae la protección. Vid. al respecto infra.

Esta es la primera nota característica de la invención como objeto protegido por la "propiedad industrial".

La invención como "norma de acción" objetivamente actuable:

- 21.- a) La excepción al principio general de que no se protegen nunca las ideas en sí mismas desvinculadas de la forma en que se expresan no la hace sin embargo el derecho de un modo caprichoso e injustificado en favor de la invención. Es que la invención posee un carácter muy especial con respecto a cualquier otro tipo de ideas: su peculiar contextura normativa.

En efecto cuando un inventor idea una solución nueva para resolver un determinado problema técnico (que eso es una invención en definitiva) en realidad lo que hace es indicar "cómo debe ser" una cierta materia o energía para conseguir el fin que él se ha propuesto o bien, en otro caso, "qué es lo que debe hacerse" con ella. Así la invención de una nueva máquina no es otra cosa que la determinación de las piezas los elementos los engranajes y el modo como ha de actuar un artefacto para que la máquina inventada que proporcione determinadas ventajas en un proceso fabril. Igualmente la invención del sistema para conseguir una nueva sustancia química queda reducida a especificar cuáles son las operaciones que han de llevarse a cabo en el laboratorio para producir las reacciones y procesos que conduzcan a la obtención de ese cuerpo químico nuevo de cuya utilización se esperan ciertos resultados beneficiosos.

En el primer caso la idea inventiva entraña un verdadero enunciado de condiciones a cumplir por la materia; simplemente con que esas condiciones se cumplan se producirá el resultado previsto por el inventor, que es la nueva máquina útil. Aquí la invención será una idea esencialmente "descriptiva" de la realidad física que vendrá a determinar "cómo debe ser". Este es uno de los principales tipos de invenciones: las que se denominan "invenciones de producto".

En el segundo caso, la idea inventiva lo que encierra es la indicación, no de "cómo debe ser" una realidad material, sino de "cómo debe ser" una actividad humana, es decir precisa "cómo debe actuar" el hombre con la realidad material para obtener la finalidad que se persigue. Simplemente con que se haga eso que ha prescrito el inventor el resultado habrá de producirse. -

Aquí la invención será una idea esencialmente "preceptiva" del comportamiento humano. Este otro tipo de invenciones se denomina "invenciones de procedimiento".

Pero en ambos casos la idea inventiva (ya consiste en la concepción de las características o configuración de un "producto" ya en la ideación de las actuaciones integrantes de un "procedimiento") como siempre viene a decir o "lo que debe ser" la realidad física o "lo que debe hacerse" con ella - para lograr algo proporciona al hombre una "pauta" para su actividad; es representable como una "norma de acción" como una "regla de conducta" o una verdadera "receta" (45).

(45) Que la invención es una norma una prescripción pura constituye el hallazgo de quien profundice un poco en su esencia. Ciertamente se encuentre reconocido así por una gran parte de la doctrina, en la que destacan al respecto observaciones como las de TROLLEN, LEVEL, HUBMANN o MOUSSERON.- TROLLEN funda toda su construcción sobre la definición de la invención como "regla técnica" ("technische Regel") común a la doctrina alemana. La invención es una regla creada para el empleo de las fuerzas naturales ("... eine geschaffene Regel zur Anwendung von Naturkräften"). "Una invención por tanto no es el producto obtenido según la prescripción dada por el inventor (por ejemplo la máquina) o el procedimiento llevado a la práctica; sino siempre y únicamente la regla que especifica cómo debe ser construida la máquina y aplicado el procedimiento. Producto y procedimiento ... por tanto no son como el libro o el cuadro materializaciones de la obra e espiritual... El invento como regla abstracta sólo es descrito y aplicado pero en sentido propio, no es corporizado" (Vid. "Immateriell-Recht". Basilea y Stuttgart 1950 tomo I págs 152-153). De ahí que para TROLLEN mientras la creación intelectual o artística es "la representación de un objeto espiritual percibida de un modo sensible representada por el creador en su apariencia física" la obra técnica en cambio "se reconoce a través de la comprensión y no mediante los sentidos". Ahora bien: nuestra concepción estriba de modo fundamental en la afirmación de la estructura esencialmente normativa de toda creación espiritual tanto las protegidas por la "propiedad intelectual" como las comprendidas en el ámbito de la "propiedad industrial". Es precisamente esa normatividad esencial de la creación la que proporciona a los dos tipos de creaciones su aptitud para la objetividad jurídica. Lo que sucede es que unas y otras poseen una estructura normativa diversa: en las creaciones intelectuales y artísticas los elementos normativos se encuentran implícitos en una realidad física (el ejemplar original del autor); mientras que en las creaciones industriales, esos elementos normativos adquieren entidad autónoma de verdaderas "reglas" de acción, en un sentido expreso de condiciones a cumplir por una materia o energía. TROLLEN (y la doctrina en general) no subraya la función normativa de las creaciones de la -

b) Ahora bien: la idea inventiva, como "norma de acción", tiene además una nota peculiar y es que indica de un modo tan virtual las condiciones que debe cumplir la materia o lo que el hombre ha de hacer con ella, que sólo con proceder a cumplimentarla se obtiene ya el resultado previsto por el inventor sin que ese resultado dependa del acierto o cualidades personales del ejecutor ni de otros factores aleatorios.

"propiedad intelectual", que a nuestro juicio es también evidente. Para TROLLER, la obra técnica "es dinámica y por eso sirve para producir bienes. La obra de literatura y arte, por el contrario, es estática. En la propia cosa intelectual la que nos proporciona el disfrute artístico y no únicamente como en la regla técnica, el medio para la obtención del bien" (*"Es ist selber die geistige Sache, die uns den Jutagenuss und nicht nur wie die technische Regel, das Mittel zur Erzeugung des Guten"* op. loc. cit.). La apreciación de TROLLER no puede ser más exacta y expresa muy claramente que como nosotros indicamos, el valor de las creaciones de la "propiedad industrial" se percibe tan sólo poniéndolas en relación con el servicio a una "finalidad", que es por lo que ellas mismas no proporcionan un "disfrute" de la creación, constituyéndose sólo en el medio para satisfacer fines determinados, que es en lo que estruba su valor como creaciones espirituales. Pero ello no contradice que las obras intelectuales y artísticas por su parte, también deban ser consideradas en su acepción normativa que permite multiplicar la creación mediante la "actualización" de la realidad física aportada por el autor lo que en definitiva conduce igualmente a la producción de bienes nuevos.- También la idea de la invención como "regla técnica" la desarrolla ad ex. MUBAIER para quien las invenciones no son creaciones, pues el cometido del inventor estriba sólo en dedicar su actividad intelectual a una regla racional ya prefigurada en la naturaleza (*"Der Erfinder viduet nur - seine individuelle Leistung einer bereits in der Natur vorgezeichneten geistigen Regel und realisiert sie in anderer Weise"* - vid. en *"Urheber- und Verlagsrecht"*, Munich y Berlin, 1959 pág. 59).- LEVEL, por su parte, ha señalado de un modo muy agudo esta peculiaridad de la invención -es decir, lo que nosotros llamamos su "contextura normativa expresa", en virtud de la cual no necesita plasmar en ejemplares físicos para existir con entidad propia, - al señalar que la formalidad ha de suplir aquí la falta de materia (Vid. *"Les rapports du droit et de la formalité en matière de propriété industrielle"*, en *REV. TRIM. DROIT COM.*, 1961, nº 2, abril-junio, pág. 241).- En cuanto a MOUSSEON, es del mayor interés su indicación de que la invención es "... un conjunto de reglas ordenadas con vistas a responder a un problema técnico". Un invento -señala MOUSSEON- no es un bien económico socialmente mientras permanece en la mente del inventor; es entonces una "riqueza intelectual", pero no una "riqueza social". La invención, no obstante, generalmente no permanecerá en ese estado, sino que entrará en "la fase de la formulación". Así es como se permitirá "... a todo pr'actoco repetir los gastos del inventor conocer los mismos resultados, en una palabra, poner en práctica la solución descubierta por él mismo. La invención aparece entonces como un cuerpo de fórmulas, como una "receta" (Vid. *"Le droit du breveté d'invention. Contribution a une analyse objective"*, París 1961 págs. 103-104).

Así, para obtener en la realidad la máquina inventada, lo 'único que hará falta ya es producir un objeto que en su estructura, composición, configuración o disposición, responda en un todo a la descripción que el inventor ha dado de él. Y para lograr ese cuerpo químico nuevo a que la invención de procedimiento conduce, deberá bastar con someter las sustancias indicadas por el inventor a las operaciones que él mismo ha prescrito. En definitiva, el logro del resultado propuesto dependerá únicamente de que se cumpla la - norma inventiva, que actuará como causa objetiva de aquí. Cualquiera que la aplique, conseguirá ese resultado, sin más que seguir las indicaciones del inventor, con tal de que posea los conocimientos medios indispensables para que pueda decirse que la norma ha quedado cumplida.

Esta nota podríamos concretarla diciendo que la invención ha de ser aplicable efectiva y objetivamente, de modo que consiga obtener el resultado previsto, por su propia virtud, es decir, sin acepción de circunstancias ni de personas. La regla inventiva, en fin, obra por sí misma ese resultado; constituye el medio objetivo para que el resultado, que es su fin, se logre por cualquiera de un modo inalterable sin necesidad ya de crear nada, simplemente limitándose a cumplirla.

c) Contemplada así, es como puede apreciarse la diferencia fundamental que existe entre la invención y las obras protegidas por la "propiedad intelectual". También éstas poseen una "contextura normativa" que hace posible - su reproducción por parte de cualquiera sin necesidad de crear ya por sí mismo nada. Un libro puede ser reproducido por quien no es su autor, sin más que consignar en otra unidad material los mismos signos escritos que - contenía el ejemplar "original". Por consiguiente también un libro proporciona la "pauta" o la "receta" para su multiplicación. Lo que sucede es que esa "pauta" está constituida por elementos normativos no separables de la - realidad física aportada por el propio autor; por prescripciones implícitas en esa realidad material, siguiendo las cuales puede obtenerse otra realidad

Vid. entre nosotros la conceptualización de la invención como una "regla para el obrar humano" en la reciente e interesante obra de Alberto BERCOVITZ, "Los - requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán", Madrid, 1969, pág. 79.- Naturalmente, cuando decimos que la invención es una "norma de - acción" ya se presupone que con ello no aludimos a un "deber ser" imperativo. La "norma inventiva" no ordena ni impone nada ni contiene un "deber - ser" que en ningún sentido resulte obligatorio. Se trata simplemente de un enunciado de medios, con vistas a obtener un cierto resultado. "Para que ese resultado se produzca" es lo que "debe ser" es lo que enuncia la norma in-

idéntica. El autor, al escribir su obra, dice, pues, también cómo ha de ser la realidad material para que el resultado sea la creación; pero lo dice implícitamente; no tiene otro modo de determinarlo que aportando él mismo el "ejemplar original" que expresa cómo es la obra. En resumen: en las creaciones protegidas por la "propiedad intelectual" la realidad física en que manifiesta el autor su obra tiene un valor modélico.

Lo que se indica por sí mismo lo que debe ser para que la creación se multiplique. En cambio, en la invención la realidad física conseguida al cumplimentarla, tiene un valor prototípico; porque el inventor no señala lo que deberá ser implicado en realidad física alguna; sino que lo indica expresamente, mediante un enunciado autónomo de condiciones a cumplir por la materia o energía. Por eso en la invención, propiamente hablando, nunca existe un "ejemplar original". El inventor emplea su idea indicando de modo expreso cómo ha de ser una materia o energía o qué hay que hacer con ella; sin necesidad de aportar él mismo realidad física alguna.

De ahí que el inventor, para determinar cómo habrá de ser la nueva máquina ideada, no necesita construirla; eso ya lo hará otro, sin más que seguir sus indicaciones. Aunque sea él mismo el primer constructor de su máquina al realizar su idea ya no actúa como creador, sino como cumplidor de la norma inventiva que ha concebido; el inventor que construye su nuevo artefacto en realidad no es ya sino un tercero, ejecutante de su concepción creadora. Lo que hace falta es que manifieste su concepción; que describa las piezas, los elementos y la configuración de ese artefacto nuevo concebido por él. Si luego todo eso resulta efectivamente realizable, la invención se encontrará ya consumada y perfecta y será protegible, aunque no se haya construido aún un solo ejemplar de la máquina.

tiva. La invención es, pues, una "proposición normativa", en el sentido de HEUSLER, para quien, como se sabe, toda proposición teórica puede ser formulada normativamente (Vid. Edmund HEUSLER, "Investigaciones lógicas" Madrid, 1929, tomo I, pág. 52 y sigtes.).- Lo mismo da decir que el agua hierve a los 100 grados (proposición teórica) que decir que para que hierva el agua deberá ser sometida a una temperatura de 100 grados (proposición normativa).

Cualquier reproducción o multiplicación de las obras intelectuales o artísticas tiene simplemente el significado de una "actualización" de la realidad física original que el autor ha aportado previamente (la creación intelectual-hemos dicho- es algo ya hecho y terminado); mientras que la realización de una invención nunca tiene el carácter de la "actualización", por vía mecánica, de una realidad material pre-existente; sino el de "producción" de la realidad física que se proscribió (la invención - digamos también- es algo que ha de hacerse, algo que necesita aún ser realizado en el futuro). En la obra intelectual y artística se "reproduce" lo que ya hizo el autor; en la invención, por el contrario, se procede a hacer lo que el inventor dijo que se hiciera.

Sería un error, sin embargo, considerar que la invención posee un carácter ideal más acusado que la obra literaria o artística. La creación espiritual es la combinación de unas realidades sensibles; y en todos los casos esa combinación es siempre ideal. Lo que sucede es que en las obras protegidas por la "propiedad intelectual" el conocimiento de esa combinación ideal es inseparable de la realidad física combinada (no hay otro modo de saber cómo es un libro o una pintura que leyendo el libro o contemplando el cuadro); mientras que en las invenciones y en general en las creaciones de la "propiedad industrial", la combinación ideal de los elementos sensibles puede ser conocida y aprehendida con independencia de la percepción de la realidad física combinada (no es preciso ver la máquina inventada para saber en qué consiste, pues ello lo dice el inventor descriptiva y normativamente). Aquí la realidad física tiene sólo un valor ilustrativo y confirmatorio; no un valor constitutivo como en las obras intelectuales y estéticas.

Y por eso mientras la obra literaria o artística sólo puede ser protegida por el derecho cuando se ha pasado de la fase de la ideación a la fase de realización (cuando el autor no sólo ha concebido el libro, sino que además lo ha escrito) por el contrario, las creaciones de la "propiedad industrial" pueden ser tuteladas en la fase en que son todavía simples proyectos, cuando se encuentran aún en el momento de su concepción; que es por lo que se protege la idea inventiva, si es realizable, aunque aún no se haya realizado; y el "dibujo" y el "modelo industrial" cuya explota-

ción se proyecta aunque no se haya lanzado aún un solo ejemplar al mercado; y la "marca" que el comerciante se propone emplear en su actividad mercantil aunque aún no haya realizado con ella un solo acto de uso.

Todo ello finalmente a la vez que nos acerca a ese concepto introductorio de invención que buscamos da razón de la diversidad que existe entre las creaciones de la "propiedad intelectual" y las de la "propiedad industrial" sin perjuicio de sus notas comunes y del hecho de que ambas constituyan tipos diferentes de esa clase única de objetos peculiares que son las creaciones del espíritu humano.

Objeto, fin y resultado de la invención.

23.- Con lo dicho hasta aquí no han quedado señaladas aún todas las notas esenciales que caracterizan a la invención como creación protegida por la "propiedad industrial".

Hemos visto ya que la idea inventiva es una concepción sobre cómo debe ser la realidad física o qué es lo que el hombre ha de hacer con ella para obtener efectivamente un cierto resultado; y que ese resultado ha de poder lograrse por la sola virtud de la aplicación de la idea inventiva, cualquiera que sea el ejecutor. La invención ante todo es, pues, una "norma"; y una "norma" susceptible de ser aplicada objetiva e impersonalmente. Pero falta indicar aún otra característica esencial definidora de la invención: su condición de medio para la satisfacción de una finalidad útil.

a) En efecto habrá que empezar subrayando que las creaciones protegidas por la "propiedad industrial" manifiestan todas su sentido dentro del sector de la "finalidad"; son creaciones de sentido "teleológico" con lo que quiere decirse que su valor no se aprecia a través de una mera contemplación o comprensión sino referidas siempre a la satisfacción de una finalidad determinada. La verificación de ese valor exige aplicarlas a un fin lo que las diferencia fundamentalmente de las obras literarias y artísticas que no persiguen nada ni pretenden más que dejar constancia de sí mismas. Claro está que por ejemplo una pintura puede servir para decorar un salón; pero esa es una finalidad extrínseca que no forma parte de su sentido formal; y lo mismo cabe decir de los demás tipos de creaciones protegidas por el derecho de autor. Pero en cambio las que se integran en la "propiedad industrial" poseen un valor que sólo puede disfrutarse poniéndolas al servicio de su fin pro-

pio.

Una invención no es nada como concepción sobre la realidad física, sino cuando esa concepción se utiliza para algo: precisamente para producir esa realidad física y aplicarla a una finalidad concreta.

Cada uno de los objetos de la "propiedad industrial" han de ser, pues referidos, para la verificación de su valor, a su fin propio. Pues - bien: el de la invención es satisfacer una necesidad humana de las que pueden lograrse mediante la utilización de cualquier clase de materias o energías, obteniendo así la solución de un problema técnico.

La debida comprensión de esta nota obliga a distinguir en la invención tres elementos cuya delimitación es de gran interés. Podríamos denominarlos respectivamente "objeto", "fin" y "resultado" de la invención.

En efecto: el inventor lo primero que pretende es que siguiendo sus indicaciones pueda producirse una realidad física determinada: la máquina o las operaciones y actuaciones que conducen a la obtención de un - nuevo cuerpo químico. La realidad física lograda por la invención la - denominaremos su "objeto".

Pero esta primera finalidad del inventor es sólo instrumental y mediata. El inventor no persigue sin más que esa realidad física se produzca. Lo que pretende es que con ella pueda satisfacerse una determinada necesidad humana (existente o eventual). La necesidad concreta que trata el inventor de satisfacer con su invento es lo que debe considerarse como el "fin" de la invención. Así decimos de ese invento que sirve para - volar, para actuar de freno en un vehículo, para obtener una sustancia colorante, etc.

Y todavía persigue el inventor con todo ello un tercer designio más ambicioso. No sólo quiere que se produzca instrumentalmente la realidad física, que es el objeto inventado; si únicamente que ese objeto sirva para satisfacer una cierta necesidad humana; sino que aspira a que el hecho de que esa satisfacción se aproduzca empleando dicha realidad - material constituya una solución técnica diferente de las que hasta - entonces se han aplicado a servir ese fin. Esa consecuencia beneficiosa del empleo del objeto inventado es lo que propiamente puede llamar-

se el "resultado" (o "resultado industrial") de la invención

Las notas que incorporan a la invención estos tres elementos -objeto, fin y resultado- son muy importantes y acaban por definirla.

Carácter industrial utilidad y novedad de la invención.

- 24.- a) La aptitud objetiva que posee la invención como norma actuable impersonalmente para que, mediante su aplicación, se produzcan las -realidades físicas prescritas se denomina su "carácter industrial". La invención ha de ser "industrial"; y ello no quiere decir otra -cosa sino que ha de traducirse al ser aplicada en realidades físicas satisfactorias de necesidades humanas; realidades materiales cuya obtención y empleo pueda por consiguiente constituirse en el objeto de una explotación industrial.

La doctrina -y también las legislaciones- insisten al definir la -invención protegible en exigir en ella que sea susceptible de una "explotación industrial". Ha de tratarse -se dice- de una invención que pueda dar lugar a una explotación efectiva en cualquier -clase de industria, entendido el término en su más amplio sentido (46). Tal afirmación no es inexacta: si una invención no puede -constituírse en el objeto de una explotación industrial no es una invención en el sentido que tratamos. Pero el requisito de su industrialidad no es un requisito autónomo. Una concepción no llega a ser verdadera invención cuando no es susceptible de explotación industrial pero eso es porque toda idea que pueda ser representada como la norma de acción actuable impersonalmente para la obtención de realidades físicas satisfactorias de una necesidad humana es por sí misma y por su propia naturaleza susceptible de una explotación industrial cuyo objeto lo constituirá la producción u obtención de

(46) En la doctrina francesa abundan especialmente estas expresiones. Vid. ad. ex. FAULET y MOUGET: "Para que la invención tenga ese carácter industrial indispensable no es suficiente que se refiera de un modo más o menos lejano a la industria; es necesario que se trate de una invención que pueda dar lugar a una explotación efectiva" (Jacques FAULET y Louis MOUGET, "Les brevets d'invention" París, 1935, pág. 41). BREUER señala la inexactitud de la idea de FOUILLET de que el resultado industrial de la invención ha de relacionarse con un -esfuerzo de fabricación. Para BREUER lo fundamental en el invento es que "... el medio material que utiliza el inventor "funciona" como causa para proveer un resultado. QUE NO ES CONSECUENCIA DE LA ACCIÓN

de esas realidades físicas y su empleo de acuerdo con la finalidad propuesta.

La relación que existe entre la aplicabilidad efectiva de la invención mediante la producción de cosas materiales satisfactorias de - necesidades humanas y su "carácter industrial" le ha señalado acertadamente ROUBIER, al observar que si la invención fuese impracticable, de modo que no pudiera ser utilizada industrialmente, la patente concedida no sería válida; pues resulta necesario que, con los medios - especificados por el inventor, se pueda obtener el resultado que él indica; ya que de lo contrario, "no habría industria posible" (47).

Lo que la doctrina y las legislaciones quieren remarcar con el requisito de la "industriabilidad" de la invención es pues que se trate de concepciones que persigan la satisfacción de necesidades humanas y sean realizables sobre la realidad física; o como ha dicho MOUSSESON, que proporcionen a un práctico "el dominio inmediato de cosas materiales" (48). La invención ha de lograr la satisfacción de una necesidad humana mediante una combinación de materias o energías, cuya utilización es precisamente la que consigue esa satisfacción.

Por eso no es una invención un principio científico, ni un descubrimiento físico, ni una combinación de crédito, ni un sistema de trabajo, ni una fórmula comercial. Estas concepciones por sí mismas no -

DEL HOMBRE, SINO DE LA UTILIZACION DEL MEDIO" (Vid. P.C. DREUX MOREL-NO" "Tratado de Patentes de Invención" Buenos Aires 1957 vol. I págs. 102 y 105. El subrayado es del autor).

(47) Vid. ROUBIER "Le Droit de la Propriété Industrielle". II pág. 89

(48) Vid. MOUSSESON op. cit. pág. 49. La idea se encuentra en BERCOVITZ: "La invención para ser considerada como invención industrial debe pertenecer al campo de la industria entendida la industria como actividad que persigue por medio de una actuación consciente de los hombres hacer útiles las fuerzas naturales para la satisfacción de las necesidades humanas. Así pues toda invención que sirva al hombre para actuar sobre las fuerzas de la naturaleza poniéndolas a su servicio es una invención industrial" (Vid. "Los requisitos positivos - de patentabilidad en el derecho alemán". Madrid. 1969, pág. 90).

satisfacen necesidades humanas mediante la utilización de cosas materiales que destinadas a su fin actúan como medios con virtud satisfactoria propia. Son ideas y concepciones que no revisten un "carácter industrial".

- b) En segundo lugar añade también una nota peculiar a la invención la consideración de cuál es su fin. Ese fin lo hemos repetido es la satisfacción de una necesidad humana mediante la aplicación de la realidad física que constituye el objeto de la invención. El hecho de que efectivamente ese fin se cumpla al ser aplicado el mismo objeto de la invención es la que se denomina su "utilidad".

Como ha señalado REIMER la "utilidad" de la invención ha de entenderse en el sentido de "utilidad general" en cuanto que la necesidad que satisface hace relación a la generalidad a la comunidad y no al bien de uno solo (40); y se concreta en la aptitud del medio ideado para satisfacer esa necesidad que es su fin. No deja de ser útil por consiguiente la invención que no satisface esa necesidad de una manera perfecta y acabada. Basta con que cumpla efectivamente la finalidad propuesta con todo el margen de perfeccionamiento y mejora que queda siempre abierto a invenciones futuras. Lo importante es que sea satisfactoria de su fin; que el medio sea en efecto útil es decir adecuado para el fin propuesto. BREUER recuerda una regla de la jurisprudencia inglesa que expresa esta misma idea de un modo muy gráfico a saber: que utilidad de la invención significa que es "útil para los propósitos indicados por el dueño de la patente". (50).

- c) Por último completa las características de la invención el que para satisfacer la necesidad que constituye su fin el inventor proporcione la solución de un problema técnico que no había sido resuelto hasta entonces. Con ello aporta a los medios con que la sociedad contaba uno nuevo que los enriquece; y la ventaja o el beneficio en que esa aportación se concreta viene llamándose por la doctrina -especialmente por la doctrina francesa- el "resultado industrial" de la invención. Pues bien: la condición de la invención de hacer posible la satisfacción de una necesidad general mediante la solución de un problema técnico que no había sido resuelto aún es lo que se deno-

(40) Vid. REIMER "Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz" Munich-Colonia-Berlin 1958 pág. 20. En el mismo sentido vid. W. BERNHARDT "Lehrbuch des deutschen Patentrechts" Munich-Berlin 1963 pág. 50.

(50) Vid. BREUER op. cit. II pág. 75.

mina la "novedad" de la invención.

El concepto de "novedad" es estrictamente legal en el sentido de que no es nueva toda invención que en la acepción vulgar merezca ese calificativo. En primer lugar no basta que la invención sea nueva subjetivamente, es decir, juzgando por el conocimiento que tenga el inventor de las otras soluciones técnicas que existen; hace falta que lo sea de un modo objetivo puesta la solución inventiva en relación con las posibilidades que realmente ha ofrecido ya la técnica al hombre en el momento en que el inventor reivindica su concepción ante la sociedad.

En segundo lugar, la novedad hace relación a la solución misma; no a su finalidad, ni siquiera al "resultado industrial" que obtiene. Nuevo es lo que no se ha logrado aún, lo que no se ha incorporado aún al acervo de los medios técnicos de que la humanidad dispone para dominar a la naturaleza de acuerdo con los conocimientos y con las experiencias actuales. Ahora bien: lo que no ha debido ser logrado aún no es la satisfacción de la necesidad a la que la invención sirve; pues en numerosas ocasiones un invento nuevo viene a satisfacer de otro modo (es decir, con medios diferentes) las mismas necesidades humanas. Tampoco es el "resultado industrial" el que ha de ser nuevo. Es perfectamente posible que ese "resultado industrial" (la simplicidad, la economía de tiempo o de costas, la mejora en la producción, etc.) no difiera fundamentalmente del que otras soluciones técnicas ya conocidas aportaban, sin embargo de lo cual la solución técnica ideada para conseguirlo sea diferente y nueva (51). El poder hacer y conseguir lo mismo por otros medios diferentes implica por sí solo una ventaja, pues supone ampliar

(51) El concepto de "resultado industrial" (tan greto a la doctrina francesa es uno de los más equívocos y difíciles de determinar, a pesar del constante empleo que se hace de él en el derecho de patentes. A primera vista sin embargo, la noción de "resultado industrial" no puede ser más clara: la invención implica siempre una mejora sobre las posibilidades con que contaban la técnica y la industria para el dominio de las fuerzas naturales, porque viene a promover nuevas relaciones de causalidad que, aplicadas al fin propuesto, amplían los recursos humanos en el terreno de la utilidad. Por consiguiente, no hay duda de que toda invención es "ventajosa". Ese "ventaja" puede ser traducida en algún beneficio concreto en relación con lo ya conocido. Todo inventor suele comenzar la descripción de su invento ponderando los inconvenientes que tenían las soluciones anteriores. Para conseguir lo mismo, usaban medios más complejos o exigían grandes costas, o lograban su objeto con imperfecciones y defectos que la invención pretende venir a remediar. Ese beneficio (simplicidad, economía, mayor perfección) es propiamente el "resultado industrial" de la invención. Sin embargo, la claridad del concepto se enturbia cuando se pretende por la doctrina y la

las posibilidades técnicas de que la humanidad dispone. Es la solución - dada por la invención al problema técnico planteado por la satisfacción de la necesidad mediante medios materiales la que ha de ser nueva.

En tercer lugar en fin la existencia o inexistencia de novedad en la invención ha de determinarse por la aplicación de criterios legales tasados y rigurosos. En general, es nuevo lo no conocido ni practicado con ante-

jurisprudencia que ese resultado industrial ha de ser "nuevo" en el sentido de que ha de suponer una mejora industrial concreta. Ello no hace sino complicar el concepto hasta hacerlo equívoco y confuso. Como ha observado ROUBIER no hay por qué exigir que la invención ofrezca una verdadera superioridad industrial. La simple aportación de un medio nuevo que no represente superioridad sensible sobre los ya existentes (por no mejorar la producción ni hacerla más económica), constituye por sí sola un avance industrial, que no tiene por qué manifestarse de momento en mejoras concretas (vid. "Le Droit ..." II pág. 65). Al exigir que sea nuevo el "resultado industrial" se olvida que lo que hace ventajoso a la invención es esencialmente que se trata de una solución de lo que no se disponía antes; y eso (es decir, el que la técnica y la industria tengan ahora una posibilidad de actuar que viene a añadirse a las antes existentes) es lo que constituye el verdadero "resultado industrial" de la invención aunque la aplicación de esa solución no produzca un beneficio capaz de ser representado en ventajas concretas y determinadas; porque desde el punto de vista técnico es decir, como solución nueva al problema que había que resolver, las proporcionará siempre. Cuando se aprecie una ventaja inventariable autónomamente en la aplicación de la invención en relación con el resultado industrial obtenido por anteriores soluciones técnicas podrá decirse que se está ante una nueva idea inventiva, si las demás condiciones se cumplen, ya que ello implicará que existe un cambio en el modo de obrar aplicado anteriormente. Si ese cambio supone la resolución de un problema técnico que no había sido solucionado aún, existirá invención. Pero también puede haberla cuando industrialmente la invención no pueda concretarse en mejora o beneficio alguno. En resumen: puede existir mejora industrial sin haber invención (así las simples modificaciones en el "modo de obrar", derivadas de la experiencia o de observaciones obvias, como la de limitarse a sustituir la madera por el metal en un objeto, para hacerlo más resistente); y al contrario, puede haber invención, sin que se produzca una mejora industrial (como en los casos en que se satisface la misma necesidad, pero por un medio nuevo técnicamente, que resulta ser más costoso o complejo que los anteriores, y en que la ventaja técnica consiste en haber abierto un camino nuevo a la técnica, sin concretarse de momento en beneficios industriales). Lo que siempre aportará la invención es una "mejora técnica", representada por la novedad de la solución con la que trata de resolverse el problema planteado. Y es que -repetimos- el término "resultado" es ya equívoco y ambiguo. Resultado de la invención puede considerarse la realidad física a la que conduzca (lo que nosotros hemos llamado su "objeto"); o también, el hecho mismo de que con ella pueda satisfacerse la necesidad apropiada (lo que se denomina la "utilidad" de la invención); o el efecto que produce la actuación de las fuerzas naturales del modo como ha ideado el inventor (que más propiamente sería el "efecto técnico" logrado); o en fin la ventaja o bene-

riedad; pero cada ordenamiento jurídico positivo juzga con criterios propios qué debe entenderse por "no conocido ni practicado". Las leyes se valen para ello de criterios auxiliares, como los de "publicación", "divulgación", "utilización" y "explotación" anteriores que tienen un significado peculiar en cada sistema legislativo. Hay además algunos que exigen que ese no conocimiento y esa no publicación o explotación anteriores se refieran a cualquier clase de países del mundo (novedad absoluta); otros, en cambio, admiten la invención como nueva si no ha sido conocida ni practicada antes dentro del territorio nacional (novedad relativa).

- - - - -

ficio representado por la invención, para la técnica o la industria (que es lo que suele llamarse su "resultado industrial"). BREUER utilizando el término "resultado" de la invención como consistente en la satisfacción de una necesidad determinada, subraya que para que haya invento, es necesario "que el resultado sea nuevo con relación a los medios que le producen". E indica que en la práctica es difícil determinar si existe un "nuevo resultado", "porque ésta puede consistir incluso en un resultado mejor que el conocido" por lo cual el modo de resolver los casos dudosos es preguntarse si la invención implica un adelanto, aunque sea pequeño y una contribución novedosa y útil. (Vid. BREUER op. cit. I. - pág. 71). Con tales condicionamientos, sí es posible exigir novedad en el resultado. Pero es que el "resultado industrial" es la ventaja proporcionada por el "resultado" de la invención. La invención satisface una determinada necesidad promoviendo la actuación de las fuerzas naturales de modo que se produzca esa satisfacción como "resultado". Este "resultado" sí debe ser nuevo en el sentido de que debe causarse de otro modo y por solución técnica diferente de las ya conocidas y experimentadas. Pero la exigencia de novedad en esa clase de "resultado" no es sino la exigencia de novedad en la invención, en cuanto solución técnica. Es que es necesario que esa necesidad humana no se haya satisfecho del mismo modo, en la misma medida y por los mismos medios con anterioridad. Y el que no se haya hecho así y pueda hacerse ahora, significa siempre para la técnica y por lo general, también para la industria, un beneficio o una mejora, que se denominan el "resultado industrial" de la invención. Basten estas notas para centrar, según nuestro criterio el problema a que se alude en el texto.

"Carácter industrial", "utilidad" y "novedad" son pues, las tres notas que definen específicamente a esa "norma de acción" objetiva e impersonalmente actuable, que es la invención protegida por la "propiedad industrial".

La invención, como "concepto legal". Patentabilidad.

25.- a) De todo lo expuesto hasta aquí se desprende que el de invención es un "concepto legal", pues no toda idea que en el sentir vulgar se considera un invento, lo es desde el punto de vista de su protección jurídica, ya que para ello ha de cumplir los requisitos que cada ordenamiento jurídico particular establece. No es que sea irrelevante la noción común de invención. Muchas de las notas apuntadas anteriormente se encuentran incluidas en dicha acepción vulgar. A estos efectos, la invención es uno de esos "conceptos de importancia jurídica" de que habla RADBRUCH (52) ya que en definitiva el derecho los toma de la realidad extrajurídica, como tantas otras ideas típicas a las que frecuentemente se remite; y por ello, las leyes no suelen definir la invención, limitándose a determinar cuándo es protegible. Pero para ganar la condición de "invención protegible" esas invenciones en sentido corriente han de cumplir requisitos que en ocasiones suponen una restricción respecto a la noción común. En definitiva la "propiedad industrial" tiene una "estructura típica" en cuya virtud sólo se protegen aquellas clases de creaciones que figuran en la lista tasada contenida en la ley ("Numerus clausus").

Pues bien: la aptitud de una invención para constituirse en el objeto protegido por la "propiedad industrial", por concurrir en ella todos los requisitos establecidos por la ley se denomina su "patentabilidad". La "patentabilidad" de una invención por tanto, es la posibilidad legal de que el Estado otorgue a su autor o al que de él trae causa, en consideración a la naturaleza de la invención y dada su conformidad con los requisitos que la ley establece la concesión con cláusula de exclusiva llamada "patente" que le habilita para ser el único que pueda explotar el objeto inventado y para impedir a los demás la explotación industrial

(52) Vid. Gustavo RADBRUCH "Introducción a la Filosofía del Derecho" México-Buenos Aires 1951 trad. esp. L. ROCES pág. 11.

de esa invención sin su consentimiento. (53)

- b) Los requisitos de "patentabilidad" suelen ser comunes en lo fundamental a los distintos ordenamientos jurídicos positivos; pero difieren también en una serie de criterios. Consideraríamos como requisitos de patentabilidad de modo general los ya expuestos: la aplicabilidad objetiva de la invención; su carácter industrial; su utilidad y su novedad.

La aplicabilidad objetiva de la invención (es decir, la posibilidad de que la "norma de acción" que contiene al ser cumplimentada en sus propios términos produzca de un modo impersonal y objetivo el mismo resultado sobre la realidad física) se manifiesta como requisito de patentabilidad en la exigencia legal de que, con las soleas indicaciones proporcionadas por el inventor, cualquier técnico medio pueda realizarla sin aportar una actividad creativa propia (54).

El inventor ha de formular su invento; ha de describirlo con toda precisión si aspira a la protección legal. Y ha de hacerlo además ajustándose en la mayoría de las legislaciones a una determinada técnica jurídica formal. La descripción precisa y suficiente de la invención (que se realiza mediante una memoria ilustrada por planos y dibujos y acompañada en su caso de unas "reivindicaciones" concretas) cumple a la vez tres finalidades:

(53) Sobre el concepto de "patente" vid. BERCOVITZ

(54) Vid. infra.

- 1) Comunicar la invención a la sociedad que otorga al inventor una exclusiva temporal de explotación precisamente en consideración a que él, en vez de mantener oculto su hallazgo, lo manifiesta y pone en conocimiento de todos para que al terminar el plazo de la exclusiva cualquiera pueda libremente utilizar industrialmente esa invención; y aun dentro de ese plazo enriquezca efectivamente los conocimientos técnicos mediante su divulgación general y pueda dar lugar sobre la base de ese invento a nuevos perfeccionamientos e invenciones;
- 2) Delimitar e identificar el objeto de la exclusiva cuyo ámbito lo constituirá la explotación industrial de la invención tal y como el inventor la ha descrito en ese acto de apropiación pública que implica su notificación a la sociedad a través de la comunicación a la Oficina de Patentes; y
- 3) Hacer posible la comprobación de que esa invención es patentable en el examen administrativo que antes de conceder la exclusiva realizan en mayor o menor grado las Oficinas de Patentes así como poder verificar en cualquier momento la realizabilidad efectiva de la invención mediante la prueba de su ejecución por parte de cualquier técnico medio sin más que seguir las indicaciones dadas por el inventor en su descripción. (55)

Las legislaciones suelen hablar al respecto de que la descripción que está obligado a hacer el inventor de su hallazgo ha de ser "suficiente" es decir ha de bastar por sí misma para la ejecución de la invención por parte de un técnico medio. Pues bien: la aplicabilidad objetiva de esa invención es requisito que por lo general las legislaciones enuncian al regular las causas de nulidad de la patente ya concedida estableciendo que la concesión es nula cuando siguiendo las indicaciones hechas por el inventor en su descripción no puede obtenerse el objeto inventado.

(55) El técnico medio ha de poder alcanzar el resultado inventivo basándose sólo en las indicaciones del inventor y sin tener que realizar una aportación inventiva propia ("ohne eigenes erfinderisches Zutun") vid. - BUSSKAMP PIETZKE y KLEINE "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht" Berlin 1962 pág. 175.

Este es el criterio que sigue también el EPI al determinar en el art. 115 que la patente concedida al inventor es nula: "49. Cuando se demuestre que con los elementos contenidos en la Memoria no se puede lograr la ejecución del objeto de la patente".

El carácter industrial de la invención se concreta en las distintas legislaciones en la fórmula generalmente admitida de que la invención ha de ser susceptible de explotación, utilización o aplicación industrial. En el EPI este requisito tiene también una serie de manifestaciones, tales como la declaración de que la invención ha de estar encaminada "a obtener un resultado o producto industrial" (art. 46); o la de que no son patentables "las ideas más o menos ingeniosas mientras no lleguen a traducirse en realidad práctica e industrializable" (art. 46 nº 1º). Contradiciendo esta exigencia en cambio el EPI admite la patentabilidad de los descubrimientos científicos y de los perfeccionamientos en los procedimientos económico-comerciales (art. 47); sin que ni aquéllos ni éstos gocen ese carácter industrial que por su propia naturaleza no tienen por el hecho de que se arije al descubrimiento científico que sea "propio y original después de un período de información pública" y se determine respecto a las ideas económico-comerciales que "revistan un desarrollo material y efectivo y tengan carácter práctico e industrializable". La inclusión de ambos tipos de concepciones entre las invenciones patentables en el EPI es totalmente desafortunada.

En cuanto a la utilidad de la invención, es requisito que se desprende de su aplicabilidad objetiva y de su industrialidad y no puede formularse por las legislaciones de modo autónomo. En el EPI parece hacerse equivalente de "ventaja sobre lo ya conocido" (art. 48) lo que no es exactamente su sentido adecuado.

Por lo que se refiere a la novedad de la invención, ya se ha dicho que sólo puede ser juzgada de acuerdo con los criterios legales. Estos criterios suelen ser de carácter negativo: la idea inventiva no ha debido ser conocida ni practicada con anterioridad; es decir para que la invención sea nueva no deben existir "anterioridades" que la anticipen.

Esas "anterioridades" perjudiciales de la invención se concretan fundamentalmente en dos tipos de hechos: la publicación y la explotación o utilización anteriores de esa misma invención.

Para el EPI, nuevo es "lo que no es conocido ni ha sido practicado - con anterioridad- en España ni en el extranjero" (art. 49), es decir, el sistema español escoge el criterio de la "novedad absoluta".

El indicado precepto precisa a continuación que no podrá considerarse como nuevo: "1º. Aquello que haya sido publicado y descrito de tal manera que pueda utilizarse por persona experta en la materia.-

2º. Lo que haya sido utilizado o practicado, directa o indirectamente, en el extranjero o en el país.- 3º. Lo que sea de dominio público.-

4º. Lo que no hubiera dejado de utilizarse durante cincuenta - años.- 5º. Lo que hubiera sido objeto de simulaciones conforme al -

artículo 113". Es evidente que en esta especificación hay reiteraciones innecesarias y en compensación también imprecisiones al no determinar el precepto el concepto de publicación ni el de utilización.

- c) A los requisitos anteriores, en algunos sistemas legislativos hay que añadir el que en la terminología germánica se llama "altura inventiva" ("Erfindungshöhe") y en la anglosajona "nivel de invención" ("standard of invention"). Se trata en definitiva de exigir a la invención - una cierta entidad creativa que sobrepase la simple actividad ingenieril o afortunada, para que sea protegible. La nota en sí misma y en un cierto grado forma parte incluso del concepto vulgar de invención, en cuanto que como tal se tiene comovente a la idea que tiene algo de sorprendente e inesperado (56) que no está al alcance de todos. Y por otra parte deriva del concepto mismo de invención pues si ésta es la solución de un problema técnico no resuelto aún ya se comprende que - el hecho de que esa solución no haya sido aún encontrada se debe a que su hallazgo exige una actividad imaginativa y creadora que no es común a todos los técnicos sino peculiar del inventor.

(56) La idea inventiva "... tiene algo de imprevisto y sorprendente y turbará a los simples técnicos que viven sólo de las ideas adquiridas y que le opondrán con frecuencia la fuerza de la inercia" (ROUBIER, op. cit., II, pág. 39).

Por eso, incluso en los ordenamientos jurídicos en que no juega la de "altura inventiva" como una exigencia que haya que considerar concurrente en la invención existen manifestaciones de este requisito. Así, en algunas legislaciones se protegen como invenciones aunque sean ventajosas y nuevas las soluciones obvias a problemas técnicos, aquellas que, sin más que proponerse al problema, es fácil que cualquiera las conciba. En el propio EPI (cuya concepción no responde a la exigencia de que la invención tenga determinada "entidad") han de considerarse, sin embargo, como manifestaciones de ella algunos preceptos como el art. 48, en sus números 3º y 5º, en que se consideran no patentables los simples cambios de forma, dimensiones, proporciones y materias del objeto patentado y la aplicación de métodos o aparatos de una industria a otra diferente, respectivamente. La ley rechaza la protección en estos casos por estimar que no puede ser calificada como verdadera invención una idea en que la única innovación que se propone con respecto a lo conocido ya consiste en variaciones que se encuentran al alcance de cualquiera y para cuya ideación no es preciso resolver ningún problema especial. Supóngase por ejemplo que alguien idea construir de metal un objeto que normalmente se conoce ya pero construido en madera. Es indudable que existirá aquí una ventaja industrial consistente en la mayor resistencia y duración del objeto. Pero si la utilización de ese otro material en dicha fabricación no entraña la solución de problema técnico alguno, la mera idea de sustituir uno por otro no es normalmente patentable. No obstante en el EPI la exclusión de los simples cambios de forma, dimensiones y materias no es absoluta pues el precepto se cuida de precisar que esas ideas serán a pesar de todo patentables si producen un "resultado industrial" nuevo (57).

Por consiguiente más que un requisito autónomo el de "altura inventiva" es un criterio de mayor rigor en la apreciación de la patentabilidad de una invención. En realidad a lo que conduce es a apreciar que no basta sólo para que sea protegible que la idea inventiva se presen-

(5.) Sobre la pretendida novedad del "resultado industrial" vid. supra nota 51.

ta como "nueva"; es preciso además que no se manifieste como simple resultado de pruebas y experiencias o como derivada de los conocimientos técnicos actuales o como una solución obvia que cualquier especialista pueda ofrecer. Es necesario que posea esa chispa espiritual, que implique esa ocurrencia creativa que opera "per saltum" poniendo algo propio y personal en el hallazgo de la solución. (58).

El requisito pues está basado en apreciaciones de natia de formulación objetiva muy difícil; y enlaza con la concepción germánica sobre la necesidad de que la invención sobrepase el "estado de la técnica" y constituya un verdadero progreso. (59). En la legislación española actual

(35) Ha llegado a negarse por algunos al que la invención sea una verdadera creación intelectual. Así para MUEBACH las invenciones son actividades técnicas, pero no creativas ("Erfindungen sind technische Leistungen aber keine Schöpfungen" vid. "Urheber- und Verlagsrecht" ya cit. pág. 53). La mayor parte de la doctrina no obstante reconoce en la invención una verdadera creación espiritual. Vid. ad ex.: "La invención es una creación del espíritu que se produce en el dominio de la industria y se manifiesta por la obtención de un resultado industrial" (B. ALLART op. cit. pág. 3); "El carácter creativo está insito en la actividad intelectual que determina la invención" (GRICOR "Corso di diritto commerciale e industriale" I "I diritti sui beni immateriali" Torino 1960 pág. 341); "Lo propio de la invención es ser una creación particular del espíritu humano que descansa en una combinación nueva y original de las fuerzas de la naturaleza y constituye un progreso técnico útil" (Ch. ENGELST "L'invention faite par l'employé dans l'entreprise privée" Basilea 1960 pág. 13 en la frase transcrita por ENGELST de una declaración del Tribunal Federal suizo que hace concluir al autor que los dos elementos esenciales de la invención son "la idea creadora y el progreso técnico"); "En las invenciones la aportación creadora pertenece al mundo de la técnica, consistiendo en un resultado que permite el dominio de las fuerzas de la naturaleza con el fin de satisfacer las necesidades humanas" (T. ASCARELLI "Teoria della concorrenza e dei beni immateriali" ya cit. pág. 233); "El objeto del invento es únicamente el portador de la idea corporizada en él" (U. BRUGGER "Der Schutz geistigen Eigentums" Stuttgart-Munich-Hannover 1958 pág. 3); "El inventor desde luego manifiesta su personalidad. Es cierto que al igual que el artesano se encuentra él también con un problema planteado cuyos datos le son totalmente extrínsecos y por este aspecto se diferencia sustancialmente del poeta. Pero por otra parte dicho problema le resuelve de un modo personal; es decir en personalidad interviene en la estructura que ha de dar el medio o instrumento encargado de conseguir la finalidad propuesta y bajo ese aspecto el inventor es simplemente un poeta" (P. Orovio LIRA "La esencia de la poesía esp. de ESCOCIAL" números 43 y 46 Madrid 1944 pág. 32). Al carácter creativo de la invención no se opone el que pueda ser lograda independiente-

sobre las manifestaciones ya dichas (que además no son absolutas, como se indicó), el criterio de la "altura inventiva" no realiza una función propia en la apreciación de la patentabilidad de la invención.

- d) Por último, las legislaciones no consideran socialmente posible proteger todas las invenciones en las que concurren los requisitos examinados; hay algunos tipos de ellas que los distintos sistemas legislativos se niegan a considerar patentables, a pesar de que intrínsecamente son verdaderas invenciones y además, comparadas con las soluciones técnicas anteriores, son legalmente nuevas. Se plantea así el problema de las "exclusiones legales a la patentabilidad". Se encuentran comprendidas en tales "exclusiones legales" las invenciones que la ley no desea proteger por motivos de orden moral o público, o por razones de conveniencia social. Su determinación varía de acuerdo con el criterio sustentado por cada sistema legislativo. Los tipos de invenciones más generalmente comprendidas en tales exclusiones son (aparte las contrarias a la moral o al orden público), las que tienen por objeto la obtención de productos destinados a la alimentación humana, o al tratamiento de enfermedades (productos farmacéuticos y medicamentosos), o a la de sustancias químicas. Se estima en muchos ordenamientos jurídicos positivos (entre ellos, al español énf 2º del art. 48 del EPI) que tales productos no deben ser monopolizables, dadas sus aplicaciones e importancia social. En todos estos casos, no obstante, se admite, ya que no la patentabilidad del producto mismo, la de los procedimientos ideados para lograrlos. De ese modo, la exclusiva recaerá sobre el método o sistema específico concebido por el inventor para la obtención de ese producto o esa sustancia;

mente por varios inventores lo que indica "la mayor contribución que aquí corresponde a la materia, al mundo exterior y a la aportación de experiencias anteriores" (CIAMPÍ, "Diritto d'autore. Diritto naturale", Milán, 1957, pág. 37).

(59) El "estado de la técnica" es "todo aquello que es conocido para el experto medio" ("... all. das was dem durchschnittlichen Fachmann bekannt ist") vid. A. TROLLER "Immaterialgüterrecht", I, pág. 199.

pero no se extenderá a impedir que cualquiera pueda producirlos si utiliza para ello un procedimiento diferente del que ha señalado concretamente el inventor. Este género de protección limitada a la del procedimiento de obtención, en los productos químicos y farmacéuticos, hace la protección incompleta i difícil.

-- -- -- -- --

Queda delimitado así, del modo preliminar que nos habíamos propuesto, y en sus rasgos esenciales, el concepto del primero de los tipos de objetos protegidos por la "propiedad industrial", que es la invención.

CAPITULO III

EL "MODELO DE UTILIDAD" COMO INVENCIÓN "MENOR" O DE "FORMA"

Razón de ser de esta modalidad legal de objetos.

26.- En algunas legislaciones junto a la invención propiamente dicha se regula una modalidad especial denominada "modelo de utilidad". El "modelo de utilidad" es una invención de menor entidad, en que la innovación que ofrece el objeto inventado estriba, por lo general, en la forma peculiar que se le atribuye.

La institución es de origen germánico. El derecho alemán de patentes es tradicionalmente uno de los más rigurosos en materia de patentabilidad y exige que la invención alcance una determinada "altura inventiva". Ahora bien: en el incesante curso del progreso técnico e industrial se idean y lanzan al mercado constantemente perfeccionamientos de modesto alcance que sin embargo hacen más ventajosa aunque sea en parte mínima la utilización de objetos ya conocidos. Estos objetos resultan modificados en detalles o aspectos de forma que los permiten servir mejor su fin. La idea de dar al filo de un cuchillo la forma de una sierra para que realice más

adecuadamente en ciertos casos su función cortante, por ejemplo, incrementa su utilidad sin implicar una aportación sensible al progreso técnico. Una tal idea no podría superar el riguroso examen de patentabilidad en que se exige a la invención suficiente "altura" o "entidad" inventiva. Y sin embargo es útil y ventajosa. Esta clase de concepciones contribuyen a aumentar el acervo de medios útiles con que cuenta el hombre. Se trata naturalmente también de soluciones técnicas nuevas incluso de soluciones que no son aún más obvias, que exigen una cierta dosis de ingenio e imaginación; pero que estriban en detalles, en alterar la disposición de los elementos de que normalmente está ya dotado el objeto o en modificar su forma corriente o adicionarle un rasgo nuevo de modo que tales innovaciones incrementan la utilidad de ese objeto que así resulta más manejable o de empleo más ventajoso e sencillo, o proporciona efectos útiles que antes no tenía. Así, la disposición de un resorte especial en un cenicero para que desaparezca el cigarrillo una vez consumido, o la construcción de un armario cuyo frente, dada la disposición de sus piezas pueda ser transformado en una mesa plegable etc.

Pues bien: estas ideas a pesar de su utilidad práctica y de su indudable interés industrial no podían ser protegidas en el derecho alemán de patentes por falta de entidad inventiva. Para remediar esta situación se dictó la ley de 1 de junio de 1891 que crea como modalidad de objetos a proteger con un derecho exclusivo, junto a las invenciones ordinarias protegidas por el sistema general de patentes de invención, los "modelos de utilidad" (*Gebrauchsmuster*).

Tratan de tutelarse mediante esta modalidad, según la ley alemana vigente de 18 de Julio de 1953, aquellos instrumentos de trabajo u objetos útiles que están dotados de una nueva configuración, una nueva disposición o un mecanismo nuevo (la ley utiliza los términos "*Gestaltung*", "*Anordnung*" y "*Verrichtung*"). Caracteriza a la institución que la protección jurídica para estas concepciones puede obtenerse con mayor facilidad, a menor coste y más rápidamente que en el expediente de concesión de una patente de invención ordinaria, y que en cambio el plazo de duración de la exclusiva es más corto y quedan eliminados de ella los "procedimientos" y los -

"productos nuevos" (60).

Suele admitirse que el objeto del "modelo de utilidad" ha de poder ser representado de un modo corpóreo-espacial o "tridimensional", y ha de estar dotado de una "novedad de forma", que es precisamente de la que debe derivar la mayor utilidad del objeto (61). Esa "novedad formal" no es necesario, sin embargo, que estriben en las tres dimensiones del objeto; basta con que radique en uno solo de sus planos; pero en todo caso la "función técnica" (que proporciona el incremento de utilidad beneficioso) ha de radicar en esa novedad introducida en la configuración total o parcial del objeto (62).

Diferenciación entre "modelos de utilidad" e "invenciones".

27.- El "modelo de utilidad" posee la misma contextura normativa de la invención e idéntica naturaleza. Es difícil señalar entre ambos tipos de objetos otras diferencias que no sean las cuantitativas y de grado ya apuntadas. En definitiva estriban todas ellas en que en el "modelo de utilidad" a diferencia de lo que sucede en la invención patentable dentro del sistema alemán la innovación técnica que se protege ha de afectar siempre a "objetos ya conocidos", sin poder dar lugar a "productos nuevos"; y en que tal innovación deberá estribar en la forma o en la disposición dada en todo o en parte al objeto por lo que quedan excluidas de esta modalidad desde luego las "invenciones de procedimiento". Fuera de ello el régimen de protección se diferencia (dentro de la concepción primigenia que dió lugar a la creación de esta figura en el derecho ger-

(60) Vid. BUSSMANN PIETZCKER y KLEINE "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht" Berlin 1962 pág. 283.

(61) Vid. DIAZ VELASCO. "Modelo de Utilidad" en DICC. DCHO. PRIVADO de Ed. LABOR II. pág. 2673.

(62) Cfr. BUSSMANN PIETZCKER y KLEINE op. cit. pág. 284.

mánico) en que para la protección de los "modelos de utilidad" los requisitos de patentabilidad se exigen con menor rigor (no se requiere "altura inventiva" en la concepción, ni tampoco "novedad absoluta", bastando la "relativa" consistente en ser nueva dentro del país), y el plazo de duración de la exclusiva es más corto.

Como puede verse, las únicas diferencias que se apuntan son de grado, y de régimen jurídico, pero no de naturaleza. Aun los condicionamientos que suelen apuntarse (la aportación de una novedad puramente formal en el "modelo de utilidad") son inseguros, como rasgos definidores de esta modalidad de objetos, dado que también se admite la calificación de "modelos de utilidad" para mecanismos y dispositivos de escasa entidad.

El "modelo de utilidad" y su protección en la legislación española.

22.- La inclusión de la nueva figura del "modelo de utilidad" en la legislación española (obra del EPI, pues con anterioridad no se regulaba como una modalidad específica de invención) carece de toda justificación. En efecto, la creación de un régimen de protección distinto para estas "invenciones" menores o de "formas" sólo tiene sentido fundada en la mayor sencillez y rapidez de trámites en la concesión, y el menor rigor - en la exigencia de los requisitos de patentabilidad y, en compensación, en cambio, en la fijación de un plazo más corto en la duración de la exclusiva. La figura del "modelo de utilidad" surge para llenar una necesidad; para extender la protección jurídica a objetos que no podían alcanzarse dentro de la concepción normal del derecho de patentes germánico. Pero en derecho español no sucede así. En efecto, en primer lugar, el sistema español de patentabilidad, como indicamos ya, no exige que la invención supere una determinada "altura inventiva", y, por tanto, acogiéndose a la excepción del nº 3º del art. 48 del EPI (los cambios de forma son patentables si conducen a la obtención de un resultado industrial nuevo), las innovaciones puramente formales en objetos ya conocidos, si aportan una ventaja industrial o técnica, pueden perfectamente ser patentadas como invenciones, dentro del régimen español, en el que, por tanto, la institución no viene a llenar necesidad alguna.

En segundo término, contra lo que parecería lógico, el régimen administrativo de concesión de la exclusiva es más riguroso y complejo tratándose de modelos de utilidad que de patentes de invención. Las patentes de invención se conceden en el régimen español sin examen administrativo previo de la novedad de la invención ni llamamiento a las oposiciones. En cambio, para conceder una exclusiva sobre "modelos de utilidad" aunque no se efectúa de oficio un examen administrativo de la novedad - (art. 176 del EPI) - se abre un trámite de oposiciones que puedan basarse en la falta de novedad del objeto (nº 3º del art. 178 y también en el 4º). Por otra parte, la exclusiva se concede por un plazo de veinte años (art. 173) que es el mismo por el que se otorga la patente de invención (art. 66 del EPI). Tan sólo es menos exigente el régimen de concesión en que para los "modelos de utilidad" sólo se requiere "novedad relativa" es decir basta con que no hayan sido conocidos ni practicados en España - (art. 174) mientras que para las patentes de invención rige el criterio de la "novedad absoluta" (han de ser nuevos no sólo en España, sino también en el extranjero según el art. 49 del EPI).

A ello se unen los errores sistemáticos en que incurre su regulación (que aparece entremezclada con la de los "modelos industriales" cuya naturaleza es tan diferente del "modelo de utilidad") y aún la oscuridad del concepto que el EPI da de una parte en el art. 171 que trata de los "modelos de utilidad" definiéndolos como "los instrumentos aparatos - herramientas dispositivos y objetos o partes de los mismos en los que la forma sea reivindicable tanto en su aspecto externo como en su funcionamiento y siempre que ésta produzca una utilidad esto es que aporte a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo o una economía de tiempo, energía, mano de obra o su mejoramiento en las condiciones higiénicas o psicofisiológicas del trabajo"; y de otra, en el Capítulo que dedica en común a los "modelos y dibujos en general" con inclusión de los "modelos de utilidad" y de los "modelos industriales" y en cuyo art. 169 se declara que para diferenciar unos y otros hay que atender a que "el modelo de utilidad protege la forma en que se ejecuta y que da origen a un resultado industrial" mientras que el "modelo industrial" "...protege únicamente la forma"; expresión que no puede ser más equívoca; que -

sólo resulta inteligible aplicando una noción previa de lo que son cada uno de estos objetos.

CAPITULO IV

LOS "DIBUJOS" Y LOS "MODELOS" INDUSTRIALES

Concepto general

29.- El segundo tipo de objetos comprendidos en la protección de la "propiedad industrial" está constituida por las que con KOUBIER podríamos llamar "creaciones de forma" de carácter industrial es decir los "dibujos" y los "modelos" industriales.

Ambos son concepciones relativas a la apariencia o a la forma de los productos que sin modificar sus cualidades propias desde el punto de vista de la utilidad contribuyen sin embargo a darles un aspecto más agradable o atractivo.

Los son pues las modalidades consideradas como "creaciones de forma" - protegidas por la "propiedad industrial": las que consisten en el adorno o la decoración de un producto mediante la inscripción en él de trazos gráficos líneas figuras o grabados que no afectan a su forma tridimensional y tienen como única finalidad embellecerlo y hacerlo más agradable y atractivo ("dibujos industriales") y las que atriban en una concepción - total respecto a la forma del producto para el que se idea una configuración tridimensional original con la misma finalidad de dotarlo de una presentación estética y novedosa ("modelos industriales").

Se trata de manifestaciones creativas que pretenden promover y satisfacer el sentido de la belleza en ese tono menor que forzosamente les impone su destino de referirse a productos industriales o a objetos de uso (La decoración de un jarrón, el estampado de una tela, el cenicero de forma original, la configuración de la carrocería de un automóvil, etc...).

Es esencial para la comprensión de su concepto diferenciar estas modalidades, de un lado, de las creaciones inventivas, y de otro, de los signos mercantiles.

La distinción con respecto a las primeras se basa en que ni la decoración del producto mediante "dibujos", ni su configuración conforme al "modelo" ideado alteran ni incrementan la utilidad que ese objeto poseía antes. La innovación que se introduce en la apariencia o en la forma del producto no hacen que el objeto sirva más ventajosamente el fin para el que está destinado; sino que únicamente le revisten de un aspecto más original, estético y agradable.

De los signos mercantiles se diferencian también claramente: al incorporar esos dibujos al objeto o conformarlo de acuerdo con el modelo concebido, no se pretende que esos rasgos formales lo identifiquen ante el consumidor, - como procedente de la Casa comercial expendedora; no se atribuye a esas innovaciones formales la misión distintiva de una "señal", para que el público reconozca el objeto como producto u ofrecido por una empresa determinada, al modo como sucede con las marcas; sino que se desea con ellas promover - la atracción del público gracias al aspecto mismo del producto a su apariencia estética.

Naturalmente que es posible atribuir a un dibujo una finalidad distintiva. Es lo que ocurre con la marca "gráfica". Ese dibujo destinado a distinguir el producto ya no es, no obstante, un "dibujo industrial", sino una marca, si se incorpora al producto, o una "enseña comercial" si se fija como distintivo del establecimiento mercantil. También la forma tridimensional dada al producto puede ser una "marca" (es como ya dijimos, el caso de la "marca-envase") e igualmente puede constituirse en una "enseña comercial";

pero entonces no se tratará de un "modelo industrial".

En el derecho español sin embargo en que no se admite otro tipo de enseña comercial que la denominativa (el "rótulo de establecimiento"), se establece la posibilidad de que cualquier otro dibujo o modelo que quiera utilizarse para designar el local comercial se registre como un "dibujo" o un "modelo industrial" (art. 203 párrafo 2º del EPI según el cual - "la ornamentación de las portadas y la de los interiores de los establecimientos podrán registrarse como modelos o dibujos industriales"); criterio que razonamos ya que no es acertado.

Tampoco lo es el que con olvido de la diferencia que existe entre estas "creaciones de forma" y los signos mercantiles señale el EPI en el art. 187 que no podrán ser protegidos como dibujos o modelos industriales los que se encuentren incursos en las prohibiciones "aplicables al caso" establecidas para las marcas en el art. 124. Sin duda por esa extensión del EPI de las normas sobre marcas a estas otras modalidades creativas tan diferentes ha aplicado la jurisprudencia en ocasiones a la definición de los "dibujos" y los "modelos" industriales el criterio de la "inconfundibilidad" que aquí no es el adecuado. Un "dibujo" o un "modelo" de carácter industrial han de ser "originales" y no estrictamente "inconfundibles" pues su función no está en diferenciar ni distinguir los productos de una empresa de los de otra y por tanto no pueden originar confusión en el público a causa del parecido que exista entre unos dibujos y unos modelos y otros. La "inconfundibilidad" en los "dibujos" y en los "modelos" industriales realiza la misma función que en las obras estéticas representa el "parecido" como hecho indicativo de "plagio".

Diferencias entre el "modelo industrial" y el "modelo de utilidad".

30.- Interesa finalmente puntualizar la peculiar naturaleza del "modelo industrial" frente a la modalidad antes examinada de los "modelos de utilidad" o invenciones "de forma". No tienen en común ambas clases de objetos sino ser concepciones sobre la forma de productos representables tridimensionalmente. Pero la función que realiza la forma en uno y otro caso es to-

talmente diversas. En el "modelo industrial" la forma del producto no añade nada a su utilidad no atribuye al producto notas o cualidades que lo incrementen sino que aspira tan sólo a darle un aspecto más atractivo ante el consumidor. El "modelo de utilidad"² por el contrario como ya se ha dicho es una verdadera invención aunque en grado modesto. En el "modelo de utilidad" la forma del producto origina un efecto nuevo, conduce en definitiva a un "resultado industrial" que se deriva precisamente de la innovación formal introducida en él.

Esta diferente función de la forma en uno y otro caso (únicamente estética en el "modelo industrial" y en cambio utilitaria en el "modelo de utilidad") quiere señalarla el LPI como se indicó anteriormente en el art. 16^º al declarar que en el "modelo de utilidad" lo que se protege es la forma que da origen a un resultado industrial mientras que en el "modelo industrial" se protege "únicamente la forma". Con esta expresión poco afortunada el LPI quiere reflejar la nota diferencial que apuntamos.

-- -- -- --

CAPITULO V

LOS SIGNOS DISTINTIVOS DE CARACTER MERCANTIL:

NOMBRE COMERCIAL BOTULO DE ESTABLECIMIENTO MARCA.

Función general de los signos mercantiles en la economía de mercado.

31.- El industrial y el comerciante aspiran a comparecer en el mercado con fisonomía propia que los caracterice. El problema de todo competidor es atraer - hacia sí la clientela eventual de sus productos que es en lo que se centra el esfuerzo de su actividad mercantil. Dentro de la economía de mercado la empresa es una organización de medios cuyo fin específico es la obtención de lucro mediante la verificación de cualquier posibilidad que implique una ganancia. Ahora bien: si en la persecución de ese objeto fuera posible contar con una clientela óptima estable y asegurada la empresa no tendría prácticamente que asumir riesgo alguno de ganancia o de pérdida. Lo que hace problemática su actuación es precisamente que su simple presencia en el mercado no garantiza al competidor una clientela determinada ni existe tampoco fórmula alguna que proporcione al comerciante un derecho a contar con esa clientela una vez formada. Por eso la meta ideal de cada vendedor es el monopolio con su función excluyente de la competencia. El comerciante tratará de constituirse en esa posición mediante las exclusivas de "propiedad industrial" que recaen sobre invenciones o sobre "creaciones de forma" es decir sobre productos "nuevos" bien por razón de su utilidad bien gracias a su apariencia o disposición atrayente. Ser el único que pueda jurídicamente ofrecer en el mercado un producto nuevo protegido por una exclusiva industrial es lo que le permitirá crear a su alrededor un círculo de "clientela necesaria" que es lo que el comerciante busca. Le ahí la importancia que revisten en el tráfico moderno las exclusivas sobre invenciones y sobre dibujos y modelos industriales.

Pero no siempre le será posible al industrial o al comerciante ganar esa posición privilegiada. Aun entonces sin embargo tratará de conseguirla en escala menor por otros medios. De algún modo de lo que se trata es de ofrecer

en el mercado algo que no tengan los demás competidores. Todos los elementos de la empresa serán puestos a disposición de esa finalidad que tratará de servirse por la peculiaridad del local en que se ejerce la industria por la originalidad de sus instalaciones por las ideas iniciativas y métodos comerciales aplicados por los sistemas propios de fabricación o la calidad de los productos o servicios. Con todo ello se aspirará a ser el único en algo que el consumidor desee o prefiera.

Y por último esa función excluyente e individualizadora que de algún modo elimine a los demás competidores en aquello que es privativo solo de uno se confiará a la "diferenciación" del industrial o el comerciante de todos sus demás rivales gracias al empleo de señales exteriores que permitan reconocerlo e identificarlo como diferente a los otros y que solamente él pueda utilizar. Esta es la importantísima función excluyente e individualizadora que realizan los signos distintivos de carácter mercantil: el nombre comercial la enseña del establecimiento y la marca.

Sin embargo, como muy bien ha indicado FRANCESCHETTI tales signos cumplen a la vez que esa función monopolística una evidente función concurrencial en cuanto que facilitan igualmente la elección del consumidor que podrá manifestar sus preferencias por una empresa determinada con mayor facilidad cuando en virtud de esas señales pueda reconocerle sin confusión alguna entre todas las similares que actúan en el mercado. Los signos mercantiles por tanto de una parte satisfacen la aspiración monopolística de todo competidor que busca tener algo propio y privativo frente a los demás (mediante el derecho a usar con exclusividad estos signos sólo él podrá jurídicamente ofrecer en el mercado el producto que lleve la marca de la que es titular); de otra actúan como factores que acentúan y refuerzan la lucha competitiva (cada uno es reconocido e identificado fácilmente y el juicio público sobre su actuación mercantil recae en él de manera indubitada y sin posibilidades de error o confusión).

A esta doble función corresponde la dualidad de intereses que el derecho de signos distintivos ha de satisfacer: el interés privado del comerciante en -

ser el único que utilice en su actividad mercantil el signo adoptado y el interés general de la comunidad de que cada competidor se distinga claramente - de los demás por medio de los signos que emplee para que el consumidor no incurra en confusiones al efectuar su elección. La "propiedad industrial" contempla de modo fundamental el interés privado del comerciante en cuanto titular de un derecho subjetivo sobre el signo adoptado. Sin embargo ambos intereses (el privado del comerciante y el público y general de la comunidad) coinciden normalmente por lo que esta dualidad de intereses en el derecho de signos no suscita por lo general cuestiones especiales (63).

Definición y modalidades de signos mercantiles.

30.- Los signos de carácter mercantil son combinaciones ideales de elementos sensibles dotadas de virtud distintiva y destinadas al materializarse o identificarse ante el público a una empresa determinada sus locales e instalaciones - los productos que fabrica o expende o los servicios que suministra y a diferenciarlos de los competidores.

Los signos distintivos son pues verdaderas "señales" que mediante su efectiva adopción por la empresa a través de actos constantes de utilización permiten al consumidor reconocerla de entre todas las demás que actúan en el mercado por el conocido mecanismo de asociación de ideas en virtud del cual la percepción sensible de la señal evoca el elemento designado (64). De este modo el juicio público que merece la actividad de la empresa viene referido a los signos mismos por los que se da a conocer, que incorporan la notoriedad el prestigio la bondad y calidad de los productos o servicios y cuantos factores influyen en la elección y preferencias de los consumidores.

(63) La jurisprudencia española en numerosas resoluciones viene sosteniendo que la prohibición de la semejanza entre signos no se justifica únicamente por la defensa del interés del empresario sino también en la del público consumidor. Sin embargo FIAZ VELLASCO ha señalado acertadamente que la "propiedad industrial" tiene como verdadera finalidad proteger el interés privado del comerciante (Vid. "Jurisprudencia comentada" en REV. FORD. MERC. 1943 pág. 271)

(64) Para HUSSELE la función del signo en cuanto "señal" consiste en promover o "motivar" en la conciencia "sin intelección alguna" la convicción de la existencia de ciertos otros objetos o situaciones objetivas -los designados por

Estas "señales" distintivas son de muy variada naturaleza pero en ellas han -
de distinguirse fundamentalmente dos grupos: uno el de los elementos distinti-
vos que no puedan constituirse en el objeto de un derecho exclusivo de propie-
dad industrial; otro el de los que la ley considera incluidos dentro de la -
lista tasada de signos que pueden acceder a la protección más fuertes que sig-
nifica el otorgamiento de una concesión administrativa con efectividad "erga om-
nes".

En el primer grupo han de ser comprendidos los más variados medios de diferen-
ciación: la forma peculiar utilizada por la empresa para los embalajes, la -
disposición especial de sus escaparates y fachadas, las prácticas propagandís-
ticas propias, "slogans" publicitarios, etc. En todos ellos, los elementos -
que sirven a la finalidad distintiva se encuentran ordenados en una combina-
ción tal que por diversas razones no resulta susceptible de una descripción
y una delimitación que resulten inconfundibles y seguras, o no es apto para
ser reproducida al materializarlo en actos de uso, de un modo inalterable y
objetivo. La realizabilidad objetiva de la combinación ideal en que aparecen
ordenados los elementos sensibles que distinguen es una exigencia de la obje-
tividad jurídica. Hace falta que no exista duda alguna de que el signo repro-
ducido o utilizado por otro es precisamente el protegido por el derecho subje-
tivo; y para ello tal signo debe ser apto para una individualización incues-
tionable y una repetibilidad indefinida siempre idéntico a sí mismo. Sobre
los elementos distintivos citados por su variabilidad o su fugacidad no es
posible organizar un derecho subjetivo autónomo, un verdadero "derecho de ex-
clusión". No quedan sin embargo desprovistos de toda protección. No podrán
disponer de la tutela reforzada manifestada en derechos subjetivos autónomos
que dispense la "propiedad industrial" pero se beneficiarán de otro género
de protección: la que está basada en la represión de la deslealtad en la com-
petencia en virtud de la cual la ley prohíbe a todo competidor imitar los me-
dios de diferenciación que utilizan los demás de modo que induzca al consumi-
dor a confusión y desvíe hacia él la clientela de otras empresas rivales.

la señal-. La señal se reduce a "mostrar algo" (V. "Investigaciones lógicas"
ya cit. pág. 36).

Junto a estos elementos distintivos figuran aquellos otros que dadas sus características todas y por constituirse en "expresiones formales" reproducibles de un modo inalterable y objetivo reciben del ordenamiento jurídico una tutela autónoma y son considerados objetos jurídicos cuyo uso queda reservado al titular y se prohíbe a todos los demás aún en el caso de que al copiarlos o imitarlos no se persiga ninguna clase de confusión ni se proceda incorrecta o deslealmente es decir aunque el competidor incurra en el uso de ellos por simple coincidencia y sin ánimo imitativo. Los indicados signos han de pasar según el criterio de cada legislación positiva la aptitud distintiva suficiente para que ejerzan su función diferenciadora. Estos signos incluidos en una lista legal "cerrada" -"numerus clausus"- son los 'unicos que constituyen el objeto de la protección específica que dispensa la "propiedad industrial".

Cada ordenamiento jurídico positivo aplica sus criterios propios a la determinación de cuáles son los tipos de signos a los que se dedica ese régimen de fuerte protección autónoma en forma de "exclusivas de uso" que caracteriza a la "propiedad industrial". No obstante por encima de sus evidentes discrepancias de criterio por lo general las legislaciones admiten tres modalidades distintivas esenciales: 1) las que se destinan a identificar a la propia empresa como entidad que actúa en el mercado ofreciendo bienes o servicios; 2) las que distinguan los locales en que desarrolla la empresa su actividad industrial y mercantil; y 3) las que tienen por finalidad señalar los productos o los servicios de la empresa para diferenciarlos de los que ofrecen las demás empresas competidoras.

Surgen así los tres tipos de signos distintivos que habremos de examinar brevemente: 1) el nombre comercial 2) la enseña y rótulo de establecimiento y 3) la marca.

El nombre comercial

33.- El "nombre comercial" es el conjunto de letras o de palabras que integrando una combinación distintiva utiliza la empresa para denominarse a sí misma darse a conocer ante el público y diferenciarse de las demás empresas competidoras. El nombre comercial designa a la empresa misma; es la denominación con que aspira a que la conozcan y se la identifique como organización -

mercantil que actúa en el mercado. Por consiguiente tiene un carácter comprensivo de todos sus elementos y valores.

En segundo término el "nombre comercial" no implica referencia subjetiva alguna. Por su propia naturaleza no tiende a designar a la persona (física o jurídica) del empresario sino a la empresa en cuanto entidad objetiva que realiza una actividad de producción o cambio ante el público.

Es aquí nace la distinción necesaria entre el "nombre comercial" como modalidad distintiva protegida por la propiedad industrial sobre la que recae un derecho exclusivo y el "nombre del empresario" (individual o colectivo) que designa al sujeto jurídico de actos o contratos mercantiles. El "nombre comercial" es la "señal" que utiliza la empresa en cuanto tal frente a los clientes y al público en general es decir como entidad competidora. Tiene un valor de "reclamo" es un verdadero colector de adhesiones. En cambio el "nombre del empresario" es un instrumento jurídico para identificar al sujeto a quien han de imputarse las responsabilidades de los actos y contratos efectuados por la empresa. El "nombre comercial" indica "cuál es la empresa" de la que proceden los productos o los servicios que se ofrecen en el mercado. El "nombre del empresario" en cambio determina "quién es el comerciante" con el que se contrata.

La claridad de esta distinción entre las dos instituciones diferentes del "nombre comercial" y del "nombre del empresario" se oscurece cuando una misma denominación se emplea a la vez para dar a conocer a la empresa ante el público y para identificar al comerciante al que hay que atribuir las responsabilidades de la actuación mercantil. Entonces la identidad material del elemento que distingue puede hacer pensar en que se trata de una sola y no de dos instituciones diversas.

El sucede con las legislaciones en que impera el principio de la veracidad del nombre comercial. En efecto existen dos criterios legislativos extremos en la regulación de esta modalidad distintiva de la "propiedad industrial": para unos ordenamientos jurídicos el "nombre comercial" pierde estar consti-

tuido por cualquier denominación elegida libremente por la empresa para designarse a sí misma en el conjunto de sus valores y elementos mercantiles; para otros en cambio el "nombre comercial" de la empresa ha de ser el mismo que corresponde al empresario como sujeto jurídico. Son el principio de libertad de elección y el principio de veracidad del "nombre comercial". En el primero es perfectamente posible que la empresa utilice para darse a conocer en el mercado un "nombre de guerra" distinto del nombre propio del empresario. El principio de veracidad del nombre comercial hace en cambio esto imposible pues según él el nombre de la empresa y el personal y propio del empresario deben coincidir siempre para que los terceros contratantes sepan en todo momento con quien se obligan y quién responde en la empresa de los actos y contratos realizados por ella sin que pueda inducirles a error sobre la verdadera personalidad del empresario el hecho de que éste use para su negocio una denominación que no sea su propio nombre.

El sistema español responde al principio de la veracidad del nombre comercial que sólo podrá estar constituido por "los nombres de las personas y las razones o denominaciones sociales" (art. 106 del CFI). Cuando se trate de comerciante individual su nombre comercial será el nombre civil que le corresponda sin que pueda elegir libremente para designar su empresa una "denominación de fantasía" (art. 107 que incluye una limitada excepción y art. 101 (p. c.)). En las Sociedades su nombre comercial no será precisamente la razón o denominación social que adoptaron al constituirse en forma mercantil (art. 108). Con respecto a las Sociedades rige también por tanto el principio de veracidad del nombre comercial. Las Sociedades sólo tienen libertad de elección de su nombre propio al constituirse pues entonces pueden adoptar libremente la razón social o denominación que elijan. Pero una vez constituidas con esa razón social ya no les es posible utilizar como nombre comercial sino esa denominación que las designa como sujetos del derecho mercantil.

Un sistema de tal coincidencia absoluta entre el "nombre comercial" de la empresa y el "nombre propio" del empresario o comerciante suscita una serie de problemas. Plantea entre otros el de precisar la identidad o diversidad

de instituciones y la relación que existe entre una y otra (65).

Enseña comercial y rótulo de establecimiento

34.- El segundo tipo de signos mercantiles está constituido por los que la empresa destina a designar los locales en los que se encuentra instalada - y ejerce su actividad industrial o mercantil. Es lo que se conoce con el nombre de "enseña comercial". La enseña comercial no designa la empresa como entidad objetiva que actúa en el mercado; sino sólo uno de sus elementos: el lugar comercial en que materialmente se encuentra establecida y en el que desarrolla su contacto con el público.

La enseña comercial puede estar constituida por una denominación es decir por una palabra o conjunto de palabras que se destinan a "rotular" el local comercial. El LPI llama por ello "rótulo de establecimiento" a la enseña - comercial denominativa.

Pero el comerciante puede designar su local no sólo mediante denominaciones o rótulos sino utilizando para ello otros signos no verbales tales - como figuras emblemas signos gráficos objetos tridimensionales etc. - Tales signos aplicados a identificar el local en que radica el establecimiento y que sirven para reconocerlo y diferenciarlo de los de otras empresas competidoras son también una "enseñacomercial" y lo son aún en sentido más estricto que las denominaciones pues evocan con mayor fuerza que -

(65) CÍAZ VELASCO ha dedicado al nombre comercial interesantes trabajos y reflexiones sosteniendo que "nombre comercial" de la "propiedad industrial" y el "nombre del empresario" regulado por las normas generales sobre personas en el derecho mercantil son dos instituciones totalmente diferentes. Bastará citar su artículo en el PICC. ICHO. PRIVADO de FR. LABOR que figura en la voz "Nombre comercial" II pág. 275D.- Recientemente Carlos FERNÁNDEZ NOVOA dió una conferencia en la Academia Matritense del Notariado - (2 de marzo de 1969) con el título "El nombre comercial y la denominación de las Sociedades Mercantiles" en que sostiene que la clara diversidad entre las dos instituciones "nombre comercial" de las Sociedades sobre el que - puede recaer si se inscribe un derecho exclusivo de "propiedad industrial" y su "razón o denominación social" como nombre con el que se designa al sujeto jurídico comerciante va desapareciendo en el régimen jurídico español en un proceso que tiende a acercar ambas instituciones. Estimamos que se trata en primer lugar de manifestaciones inevitables del principio de ver-

estas el "signum tabernae" tridimensional de mesones posadas y talleres artesanos.

El LPI no obstante sólo admite y regula la "enseña comercial" denominativa es decir el "rótulo de establecimiento" que según el art. 209 - es "el nombre bajo el cual se da a conocer al p'ublico un establecimiento agrícola, fabril o mercantil". Las demás formas no denominativas de "enseña comercial" se protegen en el régimen español como dibujos o modelos industriales (art. 209 del LPI pº 2º según el cual "la ornamentación de las portadas y de los interiores de los establecimientos podrán registrarse como modelos o dibujos industriales"). Ello constituye un error pues los indicados dibujos y modelos tienen por su propia naturaleza una finalidad puramente ornamental o decorativa mientras que la "enseña comercial" por el contrario es un signo distintivo propiamente dicho. Para que queden protegidos eficazmente y en cuanto signos los elementos no denominativos que designan el local comercial no basta considerarlos como objetos de adorno pues en ese caso no debería aplicarse a su defensa el criterio de la "semejanza" y la "inconfundibilidad" propio de los signos distintivos sino el de la "originalidad" y la "novedad" que es el correspondiente a los "dibujos y modelos industriales".

El ámbito de protección del rótulo de establecimiento es el término municipal en que radique el local comercial. Fuera pues del término municipal (o términos municipales) dentro de los que se use no puede impedirse a los demás la utilización del mismo rótulo o de un rótulo análogo (art. 211 del LPI).

La marca.

35.- Es el más importante de todos los signos distintivos de carácter mercantil.

La marca es el signo que utiliza el empresario para que el p'ublico consu-

cidad del nombre es decir de la exigencia legal de que nombre comercial y nombre del empresario coincidan; en segundo término consecuencia de que según el derecho unionista el nombre comercial se protege sin necesidad de registro (art. 8)

mider identifique como de su procedencia los productos o servicios que ofrece en el mercado y pueda diferenciarlos de los demás productos o servicios procedentes de las empresas competidoras.

Por consiguiente frente al nombre comercial destinado a distinguir a la empresa misma y la enseña comercial (regulada en la legislación española únicamente como signo denominativo es decir como rótulo) que designa el local en que la empresa tiene su establecimiento la marca se aplica a la diferenciación de los resultados mismos de la actividad empresarial: productos y servicios. Por eso la marca es como el arquetipo de los demás signos mercantiles.

Las marcas a que se refiere la "propiedad industrial" tienen el carácter de individuales y voluntarias es decir por una parte sirven para designar los productos de una sola empresa no de un grupo de ellas pertenecen privativamente a un único industrial o comerciante; por otra son de uso facultativo; el comerciante puede o no emplearlas como distintivo de sus productos o servicios sin que tenga ninguna obligación de señalarlos con ellas. No pertenecen en cambio estrictamente a la disciplina de la "propiedad industrial" las marcas obligatorias ni las marcas colectivas que son instituciones que responden a otra finalidad distinta de la defensa de intereses privados en cuanto que en ellas está presente la preocupación pública por garantizar la calidad de los productos. Su estudio no obstante suele constituir un ap'endice de la "propiedad industrial" integrando una materia tenida como "conexa" o relacionada con ella.

Las marcas protegidas por la "propiedad industrial" pueden clasificarse en tres grupos fundamentales según se atiende al objeto designado a la relación existente entre el empresario y el producto o al elemento que sirve para distinguir.

Mirando al objeto designado las marcas se dividen en marcas de producto y marcas de servicio. Por lo general la marca está destinada a distinguir productos. Identifica pues mercancías bienes materiales que lleven incorporado el signo en que consiste la marca de modo que el consumidor lo perciba al mismo tiempo que el producto como un elemento inseparable que se incluye en su propia apariencia. La complejidad del tráfico moderno ha hecho nacer sin embargo también marcas para que el público reconozca no sólo los bienes materiales fabricados o expendidos por una

empresa sino también determinadas prestaciones. Son las marcas de servicio que utilizan las empresas dedicadas a transporte, enseñanza, publicidad, hostelería, asistencia técnica y sanitaria, seguros, reparaciones y tantas otras más. La marca en todos estos casos es el signo privativo que utiliza un empresario para dar a conocer entre el público el propio servicio prestado y diferenciarlo de los que proporcionan otras empresas rivales. Aquí la relación entre la señal y el objeto que se designa se logra únicamente por la referencia de la marca al servicio pero en cambio no tiene su apoyo en la percepción de nada material como sucede en la marca de producto que lleva incorporado el signo formando parte de su propia apariencia exterior.

Desde el punto de vista de la relación que existe entre el empresario que utiliza la marca y el producto que la marca distingue se clasifican las marcas en dos grupos: marcas de fábrica y marcas de comercio. La marca de fábrica se utiliza por el industrial que ha elaborado o preparado el producto. Esta fué la función primitiva de la marca: la individualización de los productos como procedentes de un artesano o industrial determinado. La amplitud del tráfico mercantil y la posición autónoma que asume en él el vendedor aunque no sea fabricante del producto que ofrece ha hecho nacer las marcas de comercio en que el signo lo impone al producto el expendedor.

Por último teniendo en cuenta el elemento utilizado como distintivo en la marca surgen las marcas numéricas (en que el signo consiste en cifras) las verbales (constituidas por letras, nombre, vocablos o denominaciones) y las gráficas (formadas por dibujos, figuras, trazos, combinaciones de colores, etc...). La forma tridimensional del producto puede ser utilizada también como elemento distintivo cuando constituye una combinación apta para diferenciar e individualizar. Es el caso de la denominada marca-envase. Modernamente se habla de una "marca auditiva" cuya admisión ofrece no pocos problemas y en que el elemento que se utiliza como señal es el sonido utilizado en una serie que ha de ser inconfundible.

Las marcas pueden ser simples (si sólo se componen de uno de los indicadores elementos) o compuestas (si combinan en un único conjunto distintivo varios de ellos).

El derecho español se rige por el principio de libertad en la elección - del elemento distintivo que puede entrar en la combinación adoptada como marca. Así resulta de la amplia declaración contenida en el art. 115 del EPI según el cual se entiende por marca todo signo o medio material que sirva para señalar los productos y distinguirlos de los similares. "cualquiera que sea su clase y forma". Sin embargo se encuentran excluidas una serie de distintivos que se enumeran en los distintos apartados del art. 128 del EPI que prohíbe registrar como marcas los signos idénticos o semejantes a otros ya registrados los que por distintas razones se estime que son inapropiables los que carecen de virtud distintiva y los que puedan - estreñar un engaño al consumidor aparte los inmorales etc.

Extensión y relatividad de la protección jurídica: la defensa frente a la semejanza dentro de un determinado sector mercantil.

X.- a) Suele admitirse que constituye una nota peculiar del derecho de signos distintivos el que la protección no se limita a reservar al titular el uso exclusivo del signo que ha adoptado y se protege y a impedir que ningún otro industrial o comerciante emplee en su actividad un signo idéntico sino que se extiende a prohibir que utilicen otro signo semejante; lo que parecería justificar la conclusión de que en el sector de la "propiedad industrial" la tutela jurídica del signo mercantil va más allá del propio objeto tutelado.

En efecto que la protección se extiende a prohibir el uso de signos - semejantes y no sólo de signos idénticos a los que constituyen el objeto del derecho exclusivo no ofrece duda y es uno de sus características más conocidas. Ahora bien al tratar de la extensión de la protección jurídica a ser cosa de la "semejanza de signos" (en que tan compleja técnica comparativa suele aplicarse) lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la ley (lo mismo en el sistema español que en cualquiera

de los extranjeros) nunca prohíbe el uso de un signo semejante en - consideración al parecido en sí mismo que tenga con otro sino tan - sólo en evitación de que ese parecido pueda hacer que el público al ejercitar su elección se sienta inducido a error y confunda un signo con el otro. En definitiva la semejanza como tal no se prohíbe nunca; se prohíbe sólo la confundibilidad que deriva de esa semejanza. En ese sentido son bien explícitas las declaraciones de la ley y también lo es el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia. Con respecto a lo primero entre nosotros el LPI en el ya citado artículo - 124 nº 1º prohíbe el registro de distintivos que por su semejanza - fonética o gráfica "pueda inducir a error o confusión en el mercado". Cuando la semejanza no es causa de confundibilidad la prohibición legal no actúa.

No se trata de un matiz de interés. Es que la protección jurídica no reserva a favor del titular del derecho exclusivo el signo protegido como simple "expresión formal" reproducible sino como "expresión formal" apta al ser reproducida para distinguir para diferenciar - unas empresas o unas producciones de otras. Si el signo posterior es semejante pero no existe peligro de que nadie lo confunda con el que se - protege porque a pesar de ese parecido cada uno de ellos conserva una caracterización propia y es claramente reconocible ante el público como el distintivo peculiar de los respectivos usuarios por mucha que sea la semejanza que se aprecie entre los dos signos serán legalmente compatibles y podrán coexistir en el mercado sin afectar uno al otro. Y a la inversa el parecido más lejano si da lugar a confundir un signo de otro incurrirá en la prohibición legal.

- b) Una consecuencia de este planteamiento es que en compensación a esta extensión de la protección jurídica al defender al titular del derecho no sólo frente al uso de un signo idéntico sino incluso frente al de - signos semejantes y confundibles en cambio queda limitada por lo general a un determinado sector mercantil.

En efecto el signo es una señal que permite reconocer a la empresa - frente a sus competidoras. Por consiguiente la primera condición que

ha de darse para que exista peligro de confusión y se encuentre justificada la tutela jurídica que reserva a uno solo el uso del signo es que se esté en presencia de empresas competidoras de empresas rivales. La actividad de cada empresa se desenvuelve específicamente en el ofrecimiento de unos determinados productos o servicios. No consiste abstractamente en producir o vender algo sino en producir o vender esto o lo otro. El signo ha de servir para distinguir esa empresa o esos productos de las demás empresas o los demás productos que concurren no para diferenciarlas de modo absoluto de toda otra clase de empresas que actúen en el mercado en actividades diferentes o de toda otra clase de productos de naturaleza diversa a la que esa empresa ofrece. Donde cabe que el comprador se confunda es dentro de un mismo sector de actividad, dentro de un mismo grupo de productos que tengan entre sí una cierta similitud. La realidad del tráfico demuestra que conviven en el mercado sin trastorno alguno no ya marcas semejantes sino incluso marcas idénticas siempre que los productos o los servicios designados sean dispares.

Por ello la protección jurídica se mueve siempre únicamente dentro de un determinado sector mercantil de actividades análogas o de productos similares. Refiriendo al titular del signo frente al empleo por otros de un signo idéntico o semejante siempre que el sector de actuación de ambas empresas sea el mismo también pues sólo dentro de él existirá lógicamente ese peligro de confusión derivado o proveído por la identidad o la semejanza. En cambio ni siquiera protege contra el uso de signos idénticos cuando el sector mercantil es absolutamente dispar con la única excepción de la que se viene llamando "marca notoriamente conocida" que ha ganado un favor y un prestigio excepcionales y para la que la doctrina -y en ocasiones la jurisprudencia- ha habilitado una fórmula de protección especial e incondicionada.

- c) Ahora bien: parecería inoportuno tratar de esta nota de la protección jurídica (de una parte su extensión al sector de la "semejanza"; de otra su limitación a las actividades análogas y a los productos similares) -

dentro de estas nociones puramente instrumentales y aún descriptivas - sobre la naturaleza de los objetos jurídicos que comprende la "propiedad industrial". No lo es sin embargo a nuestro juicio porque arroja una especial luz sobre el concepto mismo de "signo mercantil" como objeto jurídico.

En efecto, el derecho exclusivo sobre signos mercantiles recae de un modo directo sobre el mero signo considerado como "expresión formal". No puede satisfacernos la concepción de quienes estiman que el objeto del derecho subjetivo es aquí la empresa mercantil o sus valores espirituales y económicos (66). Es indudable que lo que desea proteger el derecho, al organizar esta clase de tutela es la empresa mercantil como creación espiritual a la que ha de referirse la defensa del signo mismo. Pero la empresa carece de aptitud para la objetividad jurídica. No cabe fórmula alguna para proteger directamente la empresa en la plenitud de sus valores como organización dinámica de medios y en su total unidad. La empresa no puede ser representada ni como una "expresión formal" reproducible -como las obras comprendidas en la "propiedad intelectual"- ni como un enunciado autónomo de condiciones a cumplir por una materia o energía -como las de la "propiedad industrial". No hay nada haciendo lo cual la empresa mercantil resulte en su fisonomía íntegra y completa. Sin embargo la empresa y sus valores de todo orden pueden quedar fijados pueden ser evocados y lograr así una referencia eficaz y una presencia latente en las señales que utiliza ante el público para ser reconocida e identificada por los compradores. Por consiguiente garantizando a la empresa la exclusividad del uso de los signos que utiliza para expresarse y hacerse presente queda ella misma protegida de un modo indirecto.

(66) CASARELLI defendió esa tesis en su op. cit. "Usucapione della - proprietà industriale" y DIAZ VELASCO entre nosotros la ha sostenido con singular brillantez entre otros trabajos en su conferencia - pronunciada en el Curso Organizado por el Grupo Español de la "Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial" (AIPPI) en Madrid 1966-1967 titulada "Las creaciones intelectuales como objeto de la propiedad industrial" no publicada aún.

Es ahí que para comprender la complejidad y el verdadero sentido de la protección que se dispensa al signo mercantil, sea necesario partir de que ésta es una clase de protección indirecta, equívoca y esencialmente sucesánea, que ha de ser siempre referida a los valores empresariales. Se protege el signo no porque en sí mismo posea valor alguno en cuanto es esa "expresión formal" que constituye el objeto del derecho de exclusiva; sino por la función evocadora que cumple en relación con los valores acumulados por la empresa en el tráfico mercantil. Esa es la verdadera razón de que la protección del signo vaya hasta donde éste realiza esa función representativa y evocadora es decir se extienda no ya a la defensa frente a la identidad sino incluso a la defensa frente a la semejanza. Y es también lo que explica que se reduzca en cambio únicamente al sector mercantil dentro del cual la reproducción o imitación del signo puede incidir en su misión distintiva. Traspasado ese sector los valores empresariales no son ya evocados por el signo y por ello el derecho exclusivo ni siquiera protege frente a la identidad si las actividades son diferentes o los productos o servicios son dispares. Es que esa diversidad del ámbito de la actuación de la empresa aleja ya todo peligro de confusión elimina toda posibilidad de que los valores empresariales incorporados al signo sean sustraídos y desviados hacia otra empresa mediante el uso de otro signo semejante e incluso idéntico.

- d) Y todo ello en fin, permite fijar con mayor precisión el verdadero carácter del signo como objeto protegido por la "propiedad industrial". Ya hemos dicho en otro lugar que las diferentes modalidades de la "propiedad industrial" adquieren su sentido y su valor como objetos culturales en el plano de la "finalidad" es decir apreciadas como medios que actúan eficazmente para la satisfacción de fines propios. La invención tiene un significado valioso únicamente contemplada como una solución técnica nueva para satisfacer una necesidad humana actuando sobre las fuerzas naturales. Adquiere sentido como medio útil en el sector de

la técnica y de la industria. Los "dibujos" y los "modelos" industriales a su vez son concepciones que sirven a la producción de bienes materiales apetecidos por su atrayente presentación e configuración. - Actúan como un medio útil en el sector industrial y comercial. Los signos distintivos por su parte aspiran a evocar el juicio público sobre la actuación de una empresa y referirlo a ella o a sus elementos integrantes (locales instalaciones o productos y servicios) gracias a su aptitud distintiva ejercida por su condición de señales identificadoras. Actúan como medio útil en el sector mercantil.

Ahora bien: cada uno de estos objetos se protege dentro del círculo de "su sentido" es decir en toda la zona de significaciones en que resulta valioso. Estamos frente a entidades inmateriales que no existen "in rerum natura". Su delimitación ha de ser forzosamente conceptual. Cuando el imitador reproduce a la letra una obra literaria no hay duda ninguna de que el ámbito de la protección jurídica al sancionar esa reproducción no autorizada coincide íntegramente con la delimitación del objeto. Pero el caso puede no ser tan simple. El tercero puede no haber realizado una simple reproducción una "imitación servil" sino un plagio. La sanción del derecho actúa aquí también. En estos casos el fenómeno jurídico podría quedar expresado con dos fórmulas diversas: una consistiría en sostener que la protección jurídica ha rebasado ya los contornos del objeto tutelado. El derecho de autor no prohibiría únicamente la reproducción de la obra literaria sino también su extracto su traducción a adaptación etc.. sin el consentimiento de su autor. Hay sin embargo otra contestación u otra formulación del fenómeno jurídico que parece más correcta: la de afirmar que la obra literaria resultado del plagio sigue siendo la misma obra creada por su autor. En esta otra contestación no estaría justificado decir que la protección jurídica ha ido más allá del objeto pues se ha limitado a reconocerlo por encima de una vestidura formal que no era la suya.

Lo mismo cabe decir en relación con la protección de los signos mercantiles. La pretendida extensión de la protección jurídica más allá del objeto dada la prohibición del uso de signos semejantes sólo puede afirmarse olvidando que el objeto de los derechos que recaen sobre las creaciones del espíritu humano es una entidad de carácter cultural cuyo ver-

verdadero valor se verifica dentro del ámbito de su sentido. El sentido propio del signo mercantil es la diferenciación la distinción que es apto para ejercer por su condición de "señal". Su significación valiosa se aprecia en toda la amplia zona en que actúa como medio identificador y por lo tanto la protección jurídica tiene que cubrir esa zona íntegramente. Del mismo modo que la idea inventiva proyecta su sentido en todo el sector de las soluciones técnicas equivalentes y la creación intelectual lo refleja en todo el ámbito de sus valores estéticos la significación del signo mercantil le hace moverse en una zona más amplia que la acotada por su manifestación externa. La "forma externa" de la creación intelectual delimita la zona más reducida de significaciones que se proyectan a un sector más amplio en que la combinación de elementos sensibles en que consiste la creación conserva únicamente ese núcleo esencial que puede denominarse su "forma interna" a la que corresponde la máxima extensión del sentido.

Igualmente en el signo mercantil la "expresión formal" (valiosa únicamente por su función distintiva) acota un sector ostensible de significaciones constituido por la identidad; pero se refleja en la zona más amplia del sentido integrada por toda esa región de la semejanza y la confundibilidad.

No es pues una peculiaridad de la protección jurídica del signo mercantil su extensión más allá del objeto aparente, pues eso mismo sucede en el derecho de invenciones que protege no sólo frente a la realización no autorizada de la idea inventiva tal y como la formuló el inventor, sino también frente a la ejecución por parte de otros de toda clase de variantes constructivas y equivalentes; y en la "propiedad intelectual" que defiende al autor no sólo contra la reproducción o "imitación servil" de su obra sino también contra el plagio que se acompaña de una modificación formal en que es sin embargo reconocible el núcleo íntimo o "forma interna" que acota la zona máxima de significaciones.

CAPITULO VI

PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DISCIPLINA DE LA COMPETENCIA DESLEAL .-

"Competencia ilícita" o "competencia desleal"

3.- No resulta fácil dar una idea clara de lo que encierra la noción de -
"competencia desleal" (67). Pero aún lo es menos cuando se trata de
elaborar un concepto que pueda ser aplicable al derecho positivo espa-
ñol en el que la desafortunada redacción del art. 131 de la Ley de -

(67) MONTAUDO disiente de la opinión de POUILLET de que la compe-
tencia desleal es fácil de reconocer cualquiera que sea su máscara
señalando que "la mayor parte de los autores no lo creen así". Y
añade: "La concurrencia desleal es por su misma naturaleza una no-
ción demasiado amplia y por ello demasiado imprecisa para que sea po-
sible dar en algunas palabras una idea de sus contornos y de su sus-
tancia" (Vid. ROIS-CHAMPEL "Essai sur la notion de concurrence dé-
loyale en France et aux Etats Unis" Paris 1954 pág. 3); lo que no
impide que haya de ser considerada como un "instituto jurídico" pro-
piamente dicho (Vid. MONTAUDO "Studi sulla concorrenza sleale"
I en "RIVISTA DI DIRITTO INDUSTRIALE" Milán 1961 nº 4 Octubre-
diciembre pág. 317). Lo que entre nosotros se conoce con el nombre
-excesivamente amplio- de "competencia ilícita" se denomina por lo ge-
neral en la doctrina y en la legislación extranjera como "competencia
desleal" ("concurrence déloyale" "unlautere Wettbewerb" "unfair com-
petition" "concorrenza sleale"). Estas denominaciones son más apro-
piadas pues la competencia puede resultar ilícita sin necesidad de ser
desleal (así lo es la competencia prohibida por la ley o por convenio).
Sobre "competencia desleal" puede verse aparte los ya cit. trabajos
de MONTAUDO y MONTAUDO la siguiente bibliografía: LUIGI SORDELLI
"La concorrenza sleale" Milán 1955; CARLO PASTORIS "La correttezza
e la disciplina della concorrenza sleale" 1962; GILSON "La concorren-
za e i consorzi" Turin 1949; ALLARD "Traité théorique et pratique de
la concurrence déloyale" 1882; E. CALLEMAN "The law on unfair compe-
tition and trade marks" Chicago 1950; J.L. HOPKINS "The law of trade-
marks trade names and unfair competition" 1924; E. ROULET "Unlauterer
Wettbewerb Berlin-Leipzig 1916; Wolfgang FRIEDTSCHE "Wettbewerbs- und
Warenzeichenrecht" Colonia-Berlin 1954; Th. HARTMUTZ "Unlauterer

1902 -que rige la materia- ha originado en la práctica que la institución desaparezca de la vida jurídica española (68).

El régimen de competencia está basado no en la ilicitud sino al contrario en la licitud de causar un perjuicio eventual a los empresarios concurrentes que consistirá en atraer hacia sí los clientes ajenos. La posibilidad de que la competencia origine daño a otro forma parte de la esencia del régimen económico de mercado (69).

Wettbewerbs" Frankfurt 1949; TROLLER "Des Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs" Friburgo 1962; DIAZ VELASCO "Competencia ilícita" En DICC. ECON. PRIVADO Ed. LABOR Barcelona 1950 I pág.17; DIAZ VELASCO "Notas para el estudio de la competencia ilícita" en REV. ECON. MERCANTIL 1946 vol. II pág. 453; MASCARELLAS "Competencia ilícita" en "NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA" Ed. "SEIX" 1952 vol. IV pág. 490; VICENTE ALBERTA "Algunas consideraciones sobre la competencia ilícita y el art. 1902 del Código Civil" en REV. LEG. y JURISPRUDENCIA - 1944 pág. 39

(68) El art. 131 de la Ley de 1902 - precepto fundamental en nuestro régimen jurídico vigente- es del siguiente tenor: "Se entiende por -competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de - las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente ley".

(69) La "licitud del daño concurrencial" es un "corolario necesario" de la libertad de competencia ya que el número de clientes para un cierto producto o servicio es limitado -por lo menos para un determinado tiempo y lugar-; de donde "... la conquista de la clientela por una persona no puede hacerse más que en detrimento de sus concurrentes" (Vid. MERILLON "Essai sur la notion de concurrence déloyale ..." pág. 113-119). El comerciante que amplía sus negocios -dice JOSSEFANT- sabe perfectamente que su éxito se traduce en una disminución de operaciones de sus rivales; pero esta es una conducta por la que no se le puede culpar (cfr. la cita de MERILLON en pág. 120 op. cit.). PASTERIS señala que "... la concurrencia incluso ejercitada de un modo totalmente correcto acarrea siempre e inevitablemente un daño a los concurrentes ; y ello en -cuenta que la clientela immodificable sustancialmente en su conjunto debe ser repartida entre varios empresarios" (Vid. "La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale" pág. 46). Precisamente este - efecto esencial de la concurrencia es lo que justifica la existencia de una disciplina de la competencia (vid. PASTERIS op. cit. pág.49).- El sistema de libertad de competencia incluye como un dato esencial el de la eventualidad de ese daño en primer término porque su producción es un efecto del mismo mecanismo económico de la disposición de los factores del mercado y de la limitación de medios y de capacidad de compra;

Ahora bien cada uno tiene derecho a que se le imputen sus propios resultados. Los resultados de la actuación empresarial son el crédito o el desprestigio, la clientela o la falta de compradores, la ganancia o la ruina. Pero para que esos resultados le pertenezcan como obra suya para que sea justo atribuírselos es preciso que se hayan obtenido a través de una actuación en el mercado que se ayude de los procedimientos y medios que la sociedad considere lícitos y admisibles porque son los que utilizan todos los competidores; es preciso que en la competencia se utilicen medios que la sociedad estime correctos y aceptables. Si se actúa así los resultados obtenidos pueden legítimamente llamarse resultados del propio esfuerzo. Por el contrario cuando esos resultados han sido obtenidos mediante una actuación contraria a la generalmente admitida ya no representan la obra de un empresario sino una posición de ventaja creada de modo abusivo porque consiste en la utilización de medios a los que han renunciado los demás. Entonces lo que sucede es que ha venido a faltarle a ese especie de "reglas de juego" que todos respetan y no estaremos ya en presencia de una lucha honesta y noble sino de una maniobra fraudulenta que supone abuso de derecho o mala fe.

Mientras el acrecentamiento de valor se produce a través de una actuación honrada y leal ajustada a lo que la conciencia social admite el daño que ese acrecentamiento causa a otros es perfectamente lícito; en cambio si se ha logrado mediante manejos reprobables o utilizando medios anómalos ya no pertenece legítimamente al empresario que lo obtuvo; y entonces toma relieve lo que no hubiera sido sino un "daño concurrencial" permisible y que ahora se convierte en cambio en el daño causado a otro

pero además en razón a la finalidad que persigue un tal régimen. En definitiva se aspira en él a que desaparezcan del mercado los ineptos los que no han sabido acortar con las preferencias de los consumidores, es decir no han sabido llenar las necesidades sociales de bienes que es el fin fundamental de la producción. De ahí que el daño concurrencial sea un efecto deseado y no condenado por la ley como un medio para lograr el triunfo de los mejores.

mediante culpa o negligencia (art. 1902 del Código civil). (10).

El conjunto de normas jurídicas que se proponen velar por la buena fe y la lealtad de los actos concurrenciales se denomina "derecho de la competencia desleal".

La noción de deslealtad en la competencia

33.- La idea de la ilicitud de la deslealtad en la competencia es tan universal como el fenómeno mismo de la competencia económica (71). Varía en cambio en cada sociedad y en cada época el criterio que sirve de base para calificar una determinada conducta como desleal. Mientras hoy se considera lícito y normal que cada empresario trate de captarse los clientes de los demás mediante un aparato de propaganda y de reclamo la atracción del cliente por tales medios se consideraba desleal en el régimen corporativo de la Edad Media (72). Dentro de una misma época e incluso de una misma sociedad se considera incorrecto que anuncie sus servicios un abogado; pero en cambio se tiene por lícito que

(71) MICHELLOTTI señala que el fenómeno de la competencia es de todos los tiempos y se registra en toda clase de regímenes económicos en mayor o menor medida (Vid. "Essai..." pág. 3 sigtes.) Las manifestaciones de la competencia a través de las distintas épocas históricas han sido precisadas ampliamente por PAROLSCHELLI en vol I de su "Trattato ..." especialmente en las págs. 141 sigtes con respecto a la organización corporativa medieval. PLETNAR niega que la competencia sea un fenómeno que sólo pueda observarse en "una economía basada en la propiedad privada" y razona que en Yugoslavia "un país indiscutiblemente socialista sin ninguna empresa privada que corresponda a la noción de comerciante de los grandes Códigos de Comercio (las únicas empresas privadas son las que corresponden a la noción de pequeño comercio) conoce reconoce e incluso estimula el juego de la concurrencia entre las empresas pertenecientes a la comunidad" (Vid. "Les principes généraux du droit de la concurrence en Yougoslavie" en "PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE" 1957a pág. 71 sigtes). Se comprende la distinta función que realiza aquí la competencia tratándose de empresas públicas en una economía socialista en que la determinación del "quantum" y el modo de la producción a lo menos teóricamente es obra de decisiones políticas. El testimonio de PLETNAR sirve no obstante para fundar la afirmación de la universalidad del fenómeno si se hacen las salvedades obligadas respecto a su carácter su función social y su idiosincrasia y sentido.

lo haga un Médico. Los criterios materiales varían de una a otra época, de uno a otro país e incluso de una a otra profesión o actividad.

La determinación de lo que es leal y desleal en la competencia puede hacerse a través de distintos criterios. Un primer criterio consiste en establecer en la ley la serie de actos que han de ser conceptuados como desleales (criterio formalista riguroso). Sólo los actos especificados en la lista legal tendrán esa consideración y los no incluidos expresamente en ella deberán ser admitidos como lícitos. Se citan como ejemplo de este sistema la "lex aquilia romana" y modernamente la ley alemana de 27 de mayo de 1896 (72).

Un segundo criterio para la determinación de lo que es desleal y lo que es leal en la actividad de competencia lo proporciona la relación a "lo acostumbrado" a lo admitido por el "uso" a lo que se hace siempre. Desleal será aquello que va contra las buenas costumbres. Esta es la -

(72) SCIALOJA indica que se consideraba reprobable -y ello ya desde fines del siglo XII- atraer la atención del transeúnte para ofrecerle la mercancía o realizar otros actos de propaganda y captación (Vid. "La concorrenza sleale" pág. 15 nota (34)). FRANCESCHIELLI se refiere a la prohibición de la publicidad que constituye un principio esencial de la competencia durante largas épocas y alude a la opinión de SEBAST de que de lo que se trataba era de asegurar lo más posible una actividad tranquila con la posibilidad para todos de participar en el mercado "con modestas aspiraciones que no van más allá de una modesta ganancia" (Vid. FRANCESCHIELLI "Trattato di Diritto Industriale" Milán, 1960 vol. I págs. 162-163 núm. 13).

(73) Seguimos la sistemática de MARILLON (op. cit. págs. 27 a 34). La ley alemana de 1896 no contenía una "cláusula general" como incluye la vigente en que se da una definición general de la "competencia desleal"; sino que regulaba exclusivamente tipos determinados de actuación desleal (abusos en la publicidad en la cantidad de mercancías revelación de los secretos de fábrica etc..) (Vid. FRANCESCHIELLI "Studi sulla concorrenza sleale" II "La storia del problema e delle soluzioni" en REV. IL DIRITTO INDUSTRIALE 1962 nº 1-2 enero-junio pág. 17).

(74) La materia se encuentra hoy regulada en Alemania federal por la "ley contra la competencia desleal" ("Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb") de 7 de junio de 1909 con las modificaciones introducidas en 1925 1935 y 1957. Su artículo 1 sanciona con la cesación de la ac-

posición alemana actual en que juega un papel central la noción de "guten Sitten" (74). Del mismo modo el art. 10 bis del Convenio de la Unión para la Propiedad Industrial en la redacción dada en Londres en 1934 define el acto desleal como contrario a los usos honestos (75).

Cabe también determinar esa alusión a las buenas costumbres mediante la remisión a los usos comerciales y profesionales. Lícito es lo que se acostumbra en los negocios lo que es norma habitual en la profesión. Desleal cualquier otro modo desacostumbrado o reprobado por el uso profesional. Este es el criterio en que se basa el sistema italiano (76).

Finalmente el concepto de deslealtad en la competencia puede quedar determinado por lo que se estima como moralmente reprobable. Este criterio incluye un elemento intencional típico que es la "mala fe" utilizado por el sistema francés (77) en que no existe ley especial prohibitiva de la deslealtad en la competencia que aparece configurada como un acto ilícito civil que da lugar a la responsabilidad de reparar el daño causado.

tividad y la indemnización de daños y perjuicios a quien "en el tráfico mercantil realiza actos con finalidad de competencia que atentan contra las buenas costumbres" (Vid. la ley en el Código della proprietà industriale e del diritto d'autore de BONASI y FABIANI ya cit. pág. 1315). Esta declaración es la que se denomina "cláusula general". Sobre su significado e interpretación vid. BUSSEMAN, PIETZCKERZ y KLEINE "Gesetzlicher Rechtsschutz und Urheberrecht" pág. 32 sigtes. entre la profusa bibliografía germánica sobre el tema. Un amplio estudio del concepto de "buenas costumbres" ("guten Sitten") y de sus distintas acepciones en la doctrina se encuentra en PASTERIS "La correttezza..." pág. 65 sigtes.

(75) Se califica como de competencia desleal "cualquier acto de competencia contrario a las costumbres de probidad en materia industrial o comercial" (Vid. el texto de dicho art. 10 bis en Carlos BALLESTERO SIEBRA - "Propiedad Industrial. Legislación y Jurisprudencia" Madrid 1960 pág.135).

(76) El Código Civil italiano en su artículo 2598 después de enumerar varios tipos concretos de actuación constitutiva de deslealtad declara en su ap.3) que realiza actos de competencia desleal todo aquel que ".. se vale directa o indirectamente de cualquier otro medio no conforme con los principios de la corrección profesional e idóneo para dañar la empresa ajena" (Vid. el texto en el "Codice..." ya cit. de BONASI y FABIANI pág. 648). Sobre el sentido de "correttezza professionale" vid. especialmente la ya cit. obra de PASTERIS pág. 101 y sigtes.

El problema que plantea cualquier sistema basado en el criterio definidor de la "mala fe" es que por no existir tipos legales determinados no basta para calificar como desleal el acto su naturaleza misma sino que hay que apreciar en él la existencia de "intención" de desviar la clientela de aprovecharse del prestigio ajeno de denigrar al competidor ("intention de nuire" "intensione di nuocere" "Vernichtungsvech") La jurisprudencia francesa no obstante ha sabido emplear el precepto general del Código Civil que declara la responsabilidad por daño causado mediando culpa como un instrumento útil en defecto de ley especial represora aplicando entre otros el expediente de que la mala fé está implícita en el uso de un medio que es esencialmente desleal y reprobable (78).

Sin embargo tampoco parece posible prescindir totalmente del elemento intencional para la calificación del acto de competencia como desleal ni siquiera en aquellos sistemas en que la ley especial contiene junto a la "cláusula general" una especificación de tipos constitutivos de deslealtad. No es posible configurar lo que prácticamente sería una especie de "responsabilidad objetiva por daño" institución de muy difíciles contornos en un régimen en que se reconoce que el juego mismo de la competencia lleva consigo como efecto inseparable el daño concurrencial. El correctivo puede estar en la inclusión del elemento subjetivo (el propósito perseguido la finalidad propuesta) en el propio tipo legal. Así sucede en casos tan expresivo como el "dumping" (Venta bajo coste con la intención de eliminar al competidor) o los manejos -

(77) La jurisprudencia francesa ha construido la doctrina de la "competencia desleal" con el único apoyo del art. 1382 del Código Civil (vid. MERILLON "Essai ..." pag.35 sigtes). que consagra la responsabilidad de los daños causados mediando culpa en forma análoga al art.1902 de nuestro Código Civil.

(78) Vid. MERILLON op. cit. pág.111. Sobre la relevancia del elemento subjetivo -mala fe intención ánimo o "Gesinnung" -vid. PASTERIS "La correttezza..." pág. 78 sigtes).

denigradores que exhiben el factor intencional como elemento constitutivo de la tipicidad misma (79).

Se aprecia de este modo cómo la noción de deslealtad en la competencia es variable y difícil de determinar y exige siempre, en una y otra fórmula, la remisión a lo desacostumbrado, a lo que la sociedad repudia como una actuación anormal, que excede de lo que, por lo común, se estima admisible en un determinado círculo profesional o mercantil.

El bien tutelado y la función supletoria de la represión de la competencia desleal.

39.- Uno de los temas más debatidos por la doctrina es el de la determinación del bien tutelado por la disciplina de la "competencia desleal". Para quién es la propia empresa o su elemento impulsor y dinámico (el "avviamento") o un bien inmaterial. Tales posiciones han sido rechazadas por ASCARELLI. No se vé por qué si la tutela jurídica prestada por la institución quedara referida directamente a esos bienes cuando la competencia no es desleal, es lícito dañarlos (80). Para KOHLER el bien protegido es siempre la personalidad del comerciante (81).

(79) En la doctrina y en la legislación alemanas hay un margen para valorar como conceptos propios los de intención ("Absicht") y ánimo ("Gesinnung") por una parte y el fin perseguido ("Zweck") por otra. Para el planteamiento del problema en derecho alemán vid. REIMER "Wettbewerbs und Warenzeichenrecht", Berlín 1954, pág. 512; en el derecho italiano, vid. PASTERIS op. cit., pág. 85; en el francés, vid. HERMILLON op. cit. especialmente págs 63 con la distinción entre "intención propiamente dicha" e "intención de dañar".

(80) La "empresa es el bien protegido por la disciplina de la competencia desleal para ROCCO y MOSSA (vid. SORDELLI, "La concorrenza sleale" nota 15 pág. 51; lo es el "avviamento" para ROTONDI y GRECO como también señala SORDELLI en op. cit. nota (16) pág. 51. ASCARELLI indica que para comprender la justificación de la competencia desleal a individualizar así el interés tutelado no puede hacerse referencia al "avviamento" ni a la clientela sino a la deslealtad ("Teoría della concorrenza..." pág. 13).

(81) "Die ganze Lehre von Wettbewerb -declara KOHLER- gruppiert sich um die Lehre des Persönlichkeitsrechts" (Vid. "Unlautere Wettbewerb" pág. 18).

Para FIKENTSCHEK el elemento personal tutelado está en el libre desarrollo de la personalidad de cada concurrente (82). La polémica - ofrece aún otra solución bien dispar a todas las anteriores: lo que se tutela no es un interés privado sino el interés general de que la competencia se desarrolle mediante actos regulares ajustados a la lealtad. ULMER estima que el derecho de la competencia no contempla a los competidores aislados sino constituyendo esa comunidad interesada en que la deslealtad se reprima. La importancia del "interés público" en la propiedad industrial en general ha sido destacada por PRETHNER. (83).

Ante todo hay que precisar que la disciplina de la "competencia desleal" no se manifiesta en la organización de un sistema de verdaderos "derechos subjetivos" sino en un régimen de obligaciones legales de abstenición y en eso se diferencia profundamente de la "propiedad industrial" correspondiéndole un carácter "residual" como ha dicho FRANCESCHIELLI (84). Ya se indicó en otro lugar que no todos los velo-

(82) V. FIKENTSCHEK op. cit. y su exposición del "Leistungsprinzip" en pág. 115.

(83) Vid. la referencia de FIKENTSCHEK al pensamiento de ULMER en op. cit. pág. 159.- Vid. PRETHNER "La notion d'intérêt public et la convention d'Union en Mélanges PLAISSANT" p'ag. 139).

(84) FRANCESCHIELLI ha señalado el carácter "residual" de la disciplina de la competencia desleal indicando que la actuación desleal tiene el sentido de una actividad contraria a las "reglas" de acuerdo con las que debe desarrollarse la competencia. El problema está -continúa- en determinar de dónde han de tomarse dichas reglas: si de las valoraciones sociales. Como tales reglas hay que excluir las que derivan de lo que viene llamándose "administración pública de la economía" lo mismo que las que regulan los distintos sectores particulares de actividad las penales las que establecen monopolios públicos o exclusivos privados etc. De ello se desprende que la competencia desleal es una institución que sólo puede encontrarse "... en aquel terreno residual en el que opera la concurrencia" tout court (Vid. "La concorrenza sleale come istituto giuridico" ya cit. pág. 324. La idea está expuesta también en su "Tretatto..." II pág. 480).

res y medios empresariales son susceptibles de objetividad jurídica ni puede por tanto ser considerados como bienes sobre los que recaiga un derecho exclusivo. No habrá que negar pues la afinidad entre ambos institutos ("propiedad industrial" y disciplina de la "competencia desleal") ni que el sector de los derechos subjetivos sobre signos mercantiles se ha desgañado de la represión de la deslealtad para integrar figuras jurídicas autónomas; pero la técnica protectora es totalmente diversa y es necesario destacar la diferente naturaleza de ambas instituciones dentro de los ordenamientos modernos jurídicos (85). La disciplina de la "competencia desleal" tutela intereses y valores económicos empresariales a través de un sistema de simples "prohibiciones legales".

La disciplina de la "competencia desleal" tutela valores que sólo pueden salvaguardarse mediante la exigencia de una responsabilidad por el daño causado incumpliendo una obligación legal no originando la lesión de un verdadero derecho del comerciante (86). Esos valores son muy numerosos y de muy distinto carácter: los secretos de fábrica los procedimientos de actuación de la empresa que no constituyen creaciones inventivas ni de forma protegibles por la "propiedad industrial" la presentación de los productos embalajes y escaparates los cono-

(85) DIAZ VELLASCO tiene dicho que: "Entre la competencia ilícita y los delitos o los actos civilmente culposos contra los llamados "signos distintivos" del comercio hay tal afinidad que aquéllas no son sino manifestaciones concretas de verdadera competencia ilícita especializadas y convertidas en figuras autónomas" (Vid. DIAZ VELLASCO "Jurisprudencia comentada". Comentarios a la sent. Sala 2ª de 3 de marzo de 1949, en REV. DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, enero 1953, pag. 39).

(86) La conclusión es ampliamente aceptada por la doctrina. Vid. por todos BOUBIER que refiriéndose al derecho francés señala que la marca no registrada y los secretos de fábrica pueden ser protegidos por la acción contra la concurrencia desleal que no parte de la existencia de un derecho subjetivo sino que constituye una protección subsidiaria de los derechos registrados ("Le Droit..." I pág. 313).

cimientos y experiencias técnicas ("know how") una serie de elementos distintivos no traducibles en "expresiones formales" de repetibilidad inalterable; los sistemas de publicidad y propaganda "elegans etc. En todos estos casos, la represión de la deslealtad en la competencia realiza una función propiamente "residual". (37):

Pero mediante la disciplina de la competencia desleal pueden también quedar protegidos incluso bienes perfectamente aptos para constituirse en objetos de derechos subjetivos de exclusión tales como el "nombre comercial y la "marca" cuando no han sido incorporados al Registro público que organiza los ordenamientos jurídicos modernos como un medio de conseguir para ellos una delimitación objetiva suficiente. La represión de la deslealtad cumple aquí una función "subsidiaria". En efecto por ese sistema de la represión de la deslealtad son protegidos los "signos no registrados" aunque sean registrables /el nombre comercial o la marca no inscritos).

Finalmente incluso con respecto a los elementos distintivos de la empresa que han logrado ganar la protección más fuerte de la "propiedad industrial" (organizada en forma de "derechos de exclusión") tiene aún la represión de la deslealtad un papel "complementario" para suplir y extender esa protección (38).

(37) Es pues, en primer término una institución encargada de la protección mediante un sistema de "prohibiciones legales" de aquellos intereses y valores que no pueden ser tutelados por un régimen de "derechos subjetivos" de "propiedad industrial".

(38) La función de la disciplina de la "competencia desleal" en relación con la protección otorgada por la "propiedad industrial" la ha puntualizado DOUBILET al indicar que en principio podría parecer que ambas instituciones poseerían sus dominios propios e independientes: la primera actuaría en los supuestos en que no existe un verdadero derecho exclusivo; la segunda cuando se trata de los derechos exclusivos ganados por la inscripción registral del objeto. Sin embargo -señala DOUBILET- aún existiendo un derecho exclusivo pueda corresponder algún cometido a la disciplina de la deslealtad, ya que el titular de ese derecho exclusivo pueda interesarle perseguir actos que no impliquen

Todo ello hace ver en fin el desacierto con que está regulada la materia en el derecho español. En efecto la disposición básica en la represión de la "competencia desleal" está constituida entre nosotros por la Ley de 16 de Mayo de 1902 cuyos artículos 131 a 144 quedaron subsistentes a pesar del posterior Estatuto sobre Propiedad Industrial aprobado por R. L. de 26 de Julio de 1929 que convalidó el D. de 16 de septiembre de 1931. El D. de 27 de mayo del mismo año dispuso que en materia penal de la "propiedad industrial" regirían las normas de la antedicha Ley de 1902 que están constituidas por los arts. 131 a 144 mencionados. Los artículos 131 y 132 están dedicados a la "competencia ilícita" ("competencia desleal"). El art. 131 viene a representar la "cláusula general" que define la institución mientras el art. 132 contiene la especificación de una serie de supuestos concretos de deslealtad en la competencia.

El art. 131 de la Ley de 1902 es irreprochable en sus primeras declaraciones al señalar que incurrir en competencia ilícita todo el que intenta aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o mercantil adquirida por el esfuerzo de otro. ROUILLAU ha podido citarlo como ejemplo de fórmula legislativa acertada (89). Pero el artículo incluye un último requisito formal que a lo menos en la interpretación que ha merecido de la jurisprudencia lo desvirtúa y es el de que ese empresario de cuya reputación se aprovecha indebidamente

usurpación del mismo (Vid. ROUILLAU "Le Droit..." 1 pág. 93 sigtes). El tema es tratado ampliamente por MERMILLON que tras de considerar la función supletoria de la acción de competencia desleal en derecho francés (op. cit. pág. 11) se pregunta si puede resultar interesante aún para el titular de un derecho exclusivo. Lo es -indica MERMILLON- teniendo en cuenta que el perjudicado es posible prefiera la acción contra la competencia desleal en una serie de supuestos (dificultad -previsible que ofrezca la acción de usurpación frente a la certidumbre de la que persigue la deslealtad del acto). MERMILLON estima que ambas acciones son compatibles.

(89) Con respecto al texto del art. 131 vid. supra nota . En cuanto a la opinión de ROUILLAU vid. MERMILLON op. cit. pág. 3.

el competidor desleal "... tenga su propiedad al amparo de la presente ley". Con ello ha podido entenderse que para incurrir en competencia desleal -y en el correspondiente delito- pues la citada legislación considera punitiva la actuación desleal- es preciso que el perjudicado sea titular de un derecho exclusivo de propiedad industrial + siendo así que la función primordial de la disciplina de la deslealtad consiste en la protección de intereses y valores que viven fuera del - Registro de la Propiedad Industrial como ya se ha dicho GARRIGUES - protesta de una tal limitación que en la práctica ha originado no existan en derecho español supuestos autónomos de "competencia ilícita" o "desleal". (90).

La situación no ha podido resolverla el Estatuto de la Publicidad de 11 de Junio de 1964 por tratarse sólo de una disposición reducida a regular las actividades publicitarias y que por su especialidad no podía afectar lógicamente a la anterior normativa general constituida aún - entre nosotros por la Ley de 1902. (91)

(90) Indica GARRIGUES que dicha limitación "...es arbitraria por lo mismo que la exigencia de lealtad en la competencia debe valer tanto para los comerciantes que inscribieron como para los que no inscribieron sus derechos de propiedad industrial. El sistema legal equivale a una invitación a la competencia desleal contra los comerciantes que no inscribieron su derecho en el Registro de la Propiedad Industrial" - (Vid. "Curso de Derecho Mercantil" I pág. 472).- DIAZ VELASCO ha sostenido que no es ese el sentido que debe darse al precepto como lo demuestra el que el art. 132 de la Ley de 1902 al especificar una serie de supuestos de competencia ilícita incluye algunos que se refieren a actuaciones no susceptibles de registro (como la imitación de embalajes la propagación de falsas aserciones contra un rival etc.). El propio DIAZ VELASCO no obstante se ve obligado a reconocer que la jurisprudencia lo ha interpretado con ese sentido limitativo de que el perjudicado debe alegar frente al competidor desleal la posesión de un derecho registrado (vid. sus "Notas para el estudio de la competencia ilícita" en REV. DCHO. MERCANTIL" 1946 II pág. 453) En sus comentarios a la sentencia de la Sala 2ª de 3 de marzo de 1949 (vid. en "REVISTA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL" enero 1953 pág. 39) DIAZ VELASCO se refiere a "los términos infelices en que ese art. 131 está redactado".

(91) El art. 10 del citado Estatuto de la Publicidad declara que: "Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios la que tienda a producir el descrédito

Una de las ateras más urgentes dentro de la anhelada reforma del derecho español de propiedad industrial es la de dotar de una nueva regulación a toda esta materia de la represión de la de "competencia desleal".

Contenido de la disciplina de la "competencia desleal"

40.- Los supuestos típicos en que se manifiesta más frecuentemente una actuación desleal en la competencia son los de la imitación de los elementos que utiliza la empresa para distinguir sus productos, sus actuaciones o su propia personalidad de los otros competidores rivales. Una de las fuentes principales de la deslealtad es en efecto junto a la denigración el extorno de medios a la propaganda comparativa y a la publicidad sobre afirmaciones falsas el propósito de crear confusión con otra empresa competidora. Le ahí que en principio todo elemento o medio distintivo que sirva para identificar la empresa o sus productos o servicios locales instalaciones actuación etc. pueda ser protegido por la disciplina represora de la deslealtad pues la imitación de tales medios con ánimo de establecer la confusión constituye siempre un acto desleal. Si esos medios se encuentran registrados (es decir si se han constituido en objetos de la "propiedad industrial") entonces además se dispensará la protección específica del derecho exclusivo.

Va se comprende pues que la disciplina de la "competencia desleal" se encuentre estrechamente relacionada con todo el sector de la "propiedad industrial" que se refiere a los derechos exclusivos sobre signos mercantiles. En el supuesto en que la ley no considere registrable el elemento distintivo que se trata de tutelar o cuando aun sién-

de los competidores o de los productos de los mismos y genéricamente la que sea contraria a las normas de comcción y buenos usos mercantiles". Ha de tenerse en cuenta sin embargo que según su art. 67 la contravención de las normas sobre competencia desleal en materia publicitaria se dirimirán por los Tribunales ordinarios sin perjuicio de que los interesados puedan someterlas previamente al Jurado de Publicidad.

dolo de hecho no ha sido registrado entra en plena función la protección que dispensa la represión de la deslealtad para tutelar -por un sistema de prohibiciones legales y no de derechos subjetivos- ese elemento de valor que por unas u otras razones no se ha constituido en un verdadero objeto jurídico autónomo.

La disciplina de la "competencia desleal" no obstante no extiende a otros aspectos de la actuación mercantil, además de ese sector de los medios distintivos usados por la empresa. Así puede beneficiarse de su tutela la conservación de los secretos de fábrica, la imitación de los procedimientos de trabajo, el perjuicio causado en general por la actuación torticera denigratoria etc. del competidor. MIRALLES ha dividido los actos de "competencia desleal" en 1) actos que tienden a la debilitación o destrucción de la posición que el competidor ocupa en el mercado y 2) actos que persiguen la creación o el refuerzo de la posición ocupada por el competidor desleal; distinguiendo en este segundo grupo: a) los que perjudican a un concurrente y b) los que perjudican a la totalidad de los concurrentes. (92).

Los actos de competencia desleal" podrían ser clasificados en tres grandes grupos: 1) Actos desleales de diferenciación de un comerciante respecto a los demás; 2) Actos de imitación de otros comerciantes con la finalidad de provocar confusión y 3) Actos de obstaculización o exclusión del competidor.

Entre los primeros figuran los actos de diferenciación que implican un engaño pa a el consumidor (atribución inexacta de cualidades al empresario o a sus productos o servicios, propaganda engañosa, empleo de mitos de diferenciación desleales); y los que supongan la denigración del competidor (denigración propiamente dicha y propaganda comparativa). Entre los segundos la imitación de cualquier clase de elementos distintivos o medios por los que se caracterice y sea recono-

(92) Vid. MIRALLES op. cit. pág. 77 sigtes.

cida la empresa la sustracción de los secretos de fábrica, la propaganda parasitaria etc. Finalmente entre los actos de obstaculización y exclusión cuentan el extorsión de empleados el "boycot" y el "dumping".

El art. 132 de la Ley de 16 de mayo de 1902 enumera ("ad exemplum") según reconoce la doctrina) como supuestos concretos de actuación desleal: a) la imitación de muestras ó rótulos de escaparates fachadas adornos o cualquier otro medio distintivo que pueda originar una confusión con otro establecimiento de igual clase contiguo o muy cercano b) la de los embalajes con la misma finalidad de inducir a confusión; c) escoger como razón social un lema en que esté incluido el nombre de una localidad conocida por la existencia de un reputado establecimiento para aprovecharse indebidamente de su notoriedad; d) las falsas aseveraciones contra un rival para quitarle la clientela; e) la publicidad que tiende a desprestigiar los productos de otro; f) anunciarse falsamente como depositario de un producto nacional o extranjero; y g) el empleo indebido de indicaciones que hagan pensar que el producto está preparado de acuerdo con una determinada fórmula o procedimiento si aquélla o éste no pertenecen al dominio público.

"derecho de la competencia económica "disciplina de la competencia desleal" y "propiedad industrial".

41.- El sistema de normas jurídicas que tiene por objeto la defensa y conservación del principio de la competencia en el régimen económico constituye el "derecho de la competencia económica". Podríamos decir que todas estas normas persiguen evitar que el competidor se ponga a sí mismo al abrigo del "riesgo empresarial" que es el elemento que garantiza dentro del régimen de mercado el cumplimiento de la función social que la producción tiene encomendada. La salvaguarda de esa función social no se confía a decisiones políticas en principio sino al favor de los consumidores que no puede quedar sustituido por situaciones artificialmente creadas en beneficio del propio competidor. Por otra parte, en una tal concepción constituye uno de los valores funda-

mentales la exaltación de la personalidad empresarial la fe en el triunfo del mérito y del esfuerzo el libre desarrollo de la iniciativa individual. Estos valores no pueden quedar suplantados por situaciones de dominio del mercado en que el éxito se obtenga no como consecuencia de una confrontación de esfuerzos en la lucha competitiva sino por medio de la eliminación directa o indirecta de los demás concurrentes. El "derecho de la competencia económica" se traduce por tanto en la prohibición de las "prácticas restrictivas de la competencia" en sus variadas manifestaciones que han dado lugar a la aparición de una serie de leyes especiales en diversos países.

Con una finalidad más limitada en cambio la disciplina de la "competencia desleal" pretende combatir no las restricciones a la competencia económica en sí misma sino la actuación desleal en la competencia. Su finalidad está en velar por la buena fé y la lealtad en los actos concurrenciales.

Ambas disciplinas se concretan en la imposición a los empresarios de un sistema de deberes de abstención (obligaciones de "no hacer") y por consiguiente se traducen en un conjunto de "limitaciones legales" a la libertad de competencia. A pesar de sus diferencias existen entre ellas estrechas relaciones también; hasta el punto de que una parte de la doctrina (especialmente la germánica) trata de integrar los dos sectores en una disciplina nueva y común el "derecho de las limitaciones de la competencia" ("Wettbewerbsbeschränkungsrecht") (93).

Y junto a estos dos sectores jurídicos con fisonomía y características propias se encuentra la "propiedad industrial" como conjunto de derechos de exclusión que recaen sobre los tres tipos de objetos que ya hemos considerado: invenciones o "creaciones de fondo"; "dibujos" y "modelos" industriales o "creaciones de formas"; y "signos distintivos" de carácter mercantil.

(93) Vid. ad. ex. FIKENTSCHER op. cit. especialmente el resumen de pág. 204.

Surgen así tres clases de actos prohibidos por la ley en relación con la competencia: los actos contrarios al régimen legal de la competencia; los actos que conuienen las normas de corrección y lealtad y - los actos que lesionen derechos subjetivos sobre objetos autónomos. Los primeros son ilícitos por contravenir la prohibición legal de restringir la competencia; los segundos, por infringir el deber de competir lealmente; los últimos, por representar la violación de un derecho subjetivo propio.

Fijado así este esquema en que pueden compendiarse las relaciones que existen entre las tres disciplinas jurídicas indicadas, se aprecia - claramente en conclusión, que la represión de la "competencia desleal" y el derecho de la "propiedad industrial" son instituciones diversas, a pesar de la afinidad evidente que en muchos puntos existe entre ambas; pero que por la fuerza de las relaciones que se establecen entre ellas no es posible agotar el estudio de la "propiedad industrial" sin extenderse al de ese otro sector que no formará estrictamente parte de su contenido propio pero que es preciso considerar como esa protección residual y supletoria de la que hemos hablado. (94).

- - - - -

(94) Vid. la concepción de ROUBIER: "La teoría general de la propiedad industrial no estaría completa si se limitase a los derechos privativos... Así, al lado de los derechos subjetivos... existen situaciones jurídicas objetivas: son aquellas que están dotadas de una acción por el ordenamiento jurídico mientras que no exista ningún derecho subyacente en el verdadero sentido del término.. En nuestra materia se encuentran los dos tipos de situaciones jurídicas: hay derechos privativos (patentes de invención, dibujo o modelo, marca registrada) que encuentran su sanción natural en la acción de usurpación ("contrefaçon"). Pero existe también otra acción judicial que se llama acción de concurrencia desleal que no responde a la defensa de un derecho anteriormente obtenido y establecido sino que es solamente una reacción acordada por el orden jurídico contra una conducta condenable de un concurrente" ("Le Droit.. I, pág. 307).

I I

DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA "PROPIEDAD
INTELLECTUAL" Y DE LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL".

La extensión de las respuestas doctrinales.

1.- Al realizar la caracterización general de las figuras comprendidas dentro del ámbito de los dos tratados de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial", hemos subrayado las diferencias, muy sensibles en ocasiones, que se revelan entre todas éstas instituciones. Ello justifica que, antes aún de enunciar las diferentes posiciones doctrinales a cuya exposición hemos de dedicarnos, se suscite el problema de determinar si conviene la misma naturaleza jurídica a todas las diversas figuras incluidas en estos dos tratados, ó sería más adecuado a sus evidentes diferencias, postular soluciones también distintas para cada una de éstas instituciones ó para cada grupo de ellas.

A nuestro juicio, la contestación que ha de darse es - la primera de las dos enunciadas. Las posiciones doctrinales no pueden ser más dispares y encontradas; discrepan en la solución dada al problema de la naturaleza jurídica de - todas éstas figuras; pero, en cambio, coinciden en englobar todas ellas en una misma categoría, considerando que, en su esencia, todos los diferentes derechos que constituyen el contenido de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial" tienen una esencia común, son manifestaciones diferenciadas de un tipo de derecho único, y por tanto, han de ser catalogadas y clasificadas en una misma categoría conceptual. Ni siquiera son una excepción al respecto -en la generalidad de la doctrina- los derechos sobre signos distintivos de carácter mercantil. (1)

Claro está que en ésta opinión dominante no faltan autores que discrepan, pero constituyen un sector reducido - dentro de la bibliografía general. Entre las muestras más ilustres podría mencionarse la opinión de KOHLER, para - quien el problema de la naturaleza de éstas instituciones no

admite una única solución: el derecho del autor y del in -
ventor pertenecen a la nueva categoría, propuesta por él,
del derecho sobre bienes inmateriales; mientras que el de
recho a usar nombres y marcas ha de ser clasificado en cam
bio entre los derechos de la personalidad. El peso de ésta
opinión se hace sentir aún en aquel sector de la doctrina
alemana contemporánea que encuadra el derecho sobre signos
distintivos en el tratado de la competencia desleal.

La reserva a incluir el derecho sobre nombres y marcas
en la misma categoría conceptual que el derecho de los crea
dores puede dar lugar a obras como la de CRISTOFARO, que es
cribe un "Tratado del derecho del autor y del inventor", ha
ciendo visible de éste modo la posibilidad de una construc
ción unitaria del derecho sobre creaciones intelectuales, -
con tal de que queden excluidos previamente los signos ins
tintivos, que no merecen el calificativo de verdadera crea
ción intelectual. Se ha dicho ya cuáles y qué importantes
son a juicio de la generalidad de la doctrina las diferen
cias que separan el derecho de signos distintivos del dere
cho de invenciones ó sobre creaciones intelectuales en gene
ral. En esas diferencias es en las que puede basarse una
concepción de ésta clase, que rechaza la identidad de natu
raleza entre unos derechos y los otros. DI FRANCO simboli
za muy gráficamente ésta posición, cuando, tras afirmar que
tales signos "no representan el resultado de trabajo alguno"
(en su aspecto intelectual), ni poseen una "objetividad ab-
soluta" (ya que puede usarlos otro legítimamente si no exis
te peligro de confusión ó daños concurrencial), concluye -
que su peculiaridad estriba en que, ni se separan del indi
viduo, ni se incorporan al producto que distinguen, siendo,
por tanto, "cualidades ó atributos del individuo", que for
man el contenido de los derechos de las personalidades (2).
La opinión de CARNELUTTI es que no existe un verdadero dere

cho sobre el signo; lo que deriva de su concepción general de que objeto jurídico propiamente dicho sólo pueden serlo los entes, pero no las cualidades ni los atributos de un ente, que es en lo que se concretan, según su parecer, los signos destinados a distinguir productos ó elementos de la empresa.

Podrían indicarse otras excepciones a la opinión común (3), pero no desvirtuarían la observación ya consignada de que a juicio de la generalidad de la doctrina, la posición que se sustente con respecto a la naturaleza jurídica de una de éstas figuras es aplicable a todas las demás. Entre nosotros, el propio DIAZ VELASCO, a pesar de haber indicado que buscar analogías en la naturaleza jurídica de estos institutos no ha servido más que "para perturbar el acertado tratamiento doctrinal y legislativo de todos", considera, sin embargo, que tanto el derecho del inventor como el del titular de signos mercantiles no son sino modalidades del dominio (4).

Y es que, con FRANCESCHELLI a quienes aplican diferente solución a unos y otros derechos, cabría oponer que la ausencia de todos éstos fenómenos es la misma, especialmente por lo que toca a su momento genético, al tratarse en todos los casos de "materializaciones de ideas" (5).

Vamos, pues, a examinar las diferentes respuestas ofrecidas por la doctrina de la naturaleza jurídica de éstos derechos; pero al hacerlo deberemos tener en cuenta que lo que en el ánimo de la opinión dominante hay que buscar, es una respuesta común a todas las instituciones consideradas. Es éste un indicio demasiado expresivo de la unidad de la materia, para que no resultara interesante subrayarlo antes de comenzar ésta exposición.

Clasificación de las posiciones sobre la naturaleza jurídica.

2.- Para la exposición sistemática de éstas categorías sobre la naturaleza jurídica de las instituciones que estamos estudiando, conviene partir de una clasificación general. A este respecto son muy diversos los puntos de vista que podrían utilizarse. Lo más adecuado nos parece dividir todas éstas teorías en dos grandes grupos: doctrinas dualistas y doctrinas monistas, del derecho sobre creaciones intelectuales.

Las posiciones dualistas diversifican el conjunto de facultades que corresponden al creador, en dos tipos de derechos: uno, de contenido moral y otro, de carácter patrimonial. Estiman que el primero forma parte de los "derechos de la personalidad" -afirmación en la que convienen por lo general todas estas posiciones; mientras el segundo pertenece a la categoría de los derechos patrimoniales, dentro de la cual cada autor propugna luego su solución propia.

Por el contrario, las doctrinas monistas consideran artificialiosa e insostenible esa separación de dos elementos diferentes, uno espiritual y otro patrimonial, en lo que constituye sólo un conjunto armonioso de facultades de índole moral y económica, que no pueden ser aisladas analíticamente en la forma que el dualismo propugna.

Dentro de las teorías dualistas a su vez cabe distinguir dos posiciones fundamentales y contrarias: la configuración del derecho como un señorío jurídico sobre un bien exterior, y la reducción de este derecho a una facultad de hacer, a la posibilidad jurídica de desarrollar en exclusiva una actividad determinada.

Al primer subgrupo de las teorías dualistas pertenecen la teoría de la propiedad, en sus diferentes formulaciones;

la del derecho sobre bienes inmateriales; la teoría de los derechos intelectuales y la teoría de los derechos absolutos, de carácter especial, como posiciones más salientes, aunque podrían anotarse otras varias aún (6).

Por su parte, en el segundo subgrupo de las tesis dualistas se encuentran la teoría del "derecho a la no imitación", la de los "derechos de clientela", las distintas posiciones que califican al derecho como un monopolio legal, y la doctrina del "derecho del trabajo"

Dentro del monismo, en fin, merecen especial consideración la teoría del derecho de la personalidad y las diversas manifestaciones de monismo jurídico en la actual bibliografía alemana.

Tenemos trazado así el cuadro general de teorías al que ha de ajustarse nuestra exposición.

TITULO I

LAS TEORIAS DUALISTAS SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y
SOBRE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Caracterización general de las teorías dualistas: La distinción entre el "derecho moral" y el "derecho patrimonial" de los creadores.

3.- Las posiciones dualistas escinden el derecho sobre creaciones intelectuales en dos tipos de derechos diferentes, que no deben ser confundidos, aunque manifiestan entre sí relaciones e incluso interferencias recíprocas: El "derecho moral" y el "derecho patrimonial" del autor (7).

Estas doctrinas por lo general, se desprecupan del estudio de la naturaleza jurídica de ese "derecho moral" que unánimemente es considerado como una modalidad ó manifestación del derecho que tiene por objeto la tutela de la personalidad de cada hombre; y reducen sus consideraciones al examen del derecho patrimonial ó pecuniario, único que plantea problemas de clasificación y encuadramiento en el esquema general de los derechos subjetivos.

Naturalmente, dualismo no es sólo distinguir en el derecho de autor entre facultades de naturaleza personal y espiritual y facultades de carácter patrimonial y pecuniario; que esos dos aspectos de la tutela corresponden forzosamente a la dualidad de intereses morales y económicos que representa siempre la creación intelectual y a los que en su doble aspecto tiene el derecho que atender también. Esa distinción es, pues, necesaria y útil (8). Lo que se trata de saber, en cambio, es si es lícito, desde un punto de vista científico y considerada la complejidad de estas figuras, deducir de tal distinción que la tarea del jurista, al determinar la naturaleza jurídica que conviene al derecho del creador, ha de limitarse a catalogar y calificar únicamente las prerrogativas de contenido económico del derecho, estimando con ello cumplida ya su misión, puesto que toda otra prerrogativa que el autor posea pertenece a otro núcleo, es

meramente una facultad derivada de la tutela que merece su propia personalidad (9). De ahí a decir que el derecho del creador es un puro monopolio no hay más que ese paso que, en efecto, ha sido dado ya por la doctrina, con apoyo en esta escisión del derecho de autor en dos tipos de derechos dispares.

4.- El creador de una obra intelectual posee dos tipos de derechos y no uno solo: un derecho de carácter personal y moral, que ha de clasificarse entre los derechos absolutos de naturaleza extra-patrimonial, y un derecho de contenido económico, para que el que es necesario encontrar una caracterización propia dentro de los derechos patrimoniales. Con ésta nitidez se plantea la concepción dualista. Ambos derechos -dirá ROUBIER- no tienen nada de común (10). Se diferencian en su naturaleza y en sus notas fundamentales: El "derecho moral" es personal, inalienable; en cierto modo, perpétuo; mientras que el derecho a la utilidad económica de la obra es patrimonial, transmisible y temporalmente limitado. Tutelan intereses de diferente categoría: el "derecho moral" protege la paternidad, la reputación del autor, su libertad creadora manifestada en el interés de que su obra sea juzgada y conocida como él mismo quiere ofrecerla a la posteridad y no de otro modo; por el contrario, el derecho patrimonial protege el interés del autor de extraer de su creación el beneficio económico que representa. Incluso son distintos también los objetos sobre los que cada uno de éstos derechos recae: el "derecho moral" se refiere a los valores espirituales y estéticos de la obra, mientras el derecho patrimonial hace alusión únicamente a sus valores económicos. Por eso también, finalmente, difieren ambos derechos en su contenido respectivo, pues mientras el "derecho moral" está integrado por la prerrogativa de disponer la divulgación de la obra, el derecho a que se reconozca su paternidad, el derecho a velar por la integridad de la obra y

a introducir en ella modificaciones y el llamado "derecho de arrepentimiento" el derecho patrimonial, por su parte, consiste en una exclusiva de explotación económica de la misma, que comprende su copia, reproducción y ejecución en cualquier modalidad que proporcione una ganancia económica (11).

De este modo, "La protección de los intereses morales y la satisfacción de los intereses económicos representan dos objetos que la razón y la observación permiten suficientemente distinguir en una construcción jurídica" (12). No sólo son distintos los intereses; se trata además de esferas diversas, de objetos diferentes, de derechos dispares (13).

Esta afirmación no la desvirtúa la observación de que ambos derechos surgen como consecuencia de una realidad única, que es la creación. Eso mismo sucede con otros hechos, como el matrimonio, la tutela ó las sucesiones, de los que se derivan tipos de derechos distintos (14). Ni tampoco la contradice la objeción de que estos grupos de facultades a veces se entrecrucen e interfieran, lo que es un fenómeno observable también en otras situaciones y figuras (15).

Es más aún: ésta diversidad la acredita especialmente la circunstancia de que, desaparecido el derecho pecuniario (por haber transcurrido el plazo de la exclusiva) puede pervivir aún el "derecho moral" ó en el autor ó en sus herederos; y transmitido el derecho patrimonial, el creador sigue conservando a su favor la serie de facultades que se deri-van de su "derecho moral" (16).

Esta es, pues, la base común a todas las doctrinas dualistas, a cuya exposición vamos a proceder (17).

PRIMER GRUPO

EL DERECHO PATRIMONIAL, COMO DERECHO ABSOLUTO SOBRE UN "QUID EXTERNUS".

5.- Como hemos apuntado, dentro de las concepciones dualistas se señalan dos grupos de interpretaciones muy diferentes del fenómeno que estamos estudiando; Un primer grupo de doctrinas parten del punto de vista esencial de que el derecho de los creadores (en su contenido económico) consiste en un señorío inmediato sobre la obra, con las que se establece así una relación de tipo ó dominical, ó análoga al dominio, salvadas todas las diferencias apreciables en el objeto. Por el contrario, todo un otro sector de las posiciones dualistas entiende que las facultades que se atribuyen al autor y al inventor no pueden construirse como el derecho que recae sobre ningún objeto exterior, sino como una simple posibilidad de hacer, como una facultad de realizar una actividad exclusiva.

Vamos a estudiar ahora el primer grupo de posiciones, es decir, todas aquellas que tienen de común considerar que el derecho de los creadores cae sobre un objeto entitativamente autónomo, que es la creación intelectual.

La posibilidad de explotar la obra con exclusión de to

do tercero se estima pues, como la manifestación de un señorío jurídico inmediato sobre ella. El derecho recae directamente sobre un bien que posee la entidad y exterioridad propia de un objeto jurídico autónomo.

Tres son los problemas técnicos que ha de resolver una concepción de ésta clase, a saber: la demostración de que la creación intelectual es en sí misma un objeto jurídico autónomo; la justificación de que las facultades del titular constituyen un señorío inmediato sobre la obra, del tipo del de los derechos reales ó cuando menos, de los derechos absolutos en general; y finalmente, una vez caracterizado así el derecho, su inclusión más concreta dentro del cuadro general de los derechos subjetivos.

Que las creaciones intelectuales, en sus diversas manifestaciones, sean verdaderos objetos jurídicos sobre los que puede recaer un poder jurídico propiamente dicho, es el punto de partida de todas éstas concepciones. Poseen -se dice- los tres requisitos característicos de la objetividad, que son individualidad, valuabilidad económica, y apropiabilidad jurídica del ente -objeto- (18).

En efecto, las creaciones intelectuales poseen una "impronta característica inconfundible" (19); adquieren su propia individualidad en cuanto se separan del sujeto (20); mediante el acto creador, se transforman, de simple "quid in mente retentum", en una realidad exteriorizada por una materia ó energía (21). Por otra parte, las creaciones intelectuales son también aptas para la satisfacción de necesidades humanas, poseen la utilidad que las convierte en bienes económicos (22); e igualmente son apropiables, en el único sentido que puede exigirse con respecto a este requisito objeto, que es el de ser susceptible de un poder de exclusión frente a la generalidad, garantizado por el ordenamiento jurídico.

Razonada así la objetividad jurídica de las creaciones intelectuales, el poder jurídico que posee sobre ella el titular del derecho ha de ser interpretado, -se continúa- como un señorío inmediato de carácter absoluto. Esta calificación no puede ser contradicha con el argumento de que no existe la posibilidad de una posesión física de la obra, que una vez publicada pasa a ser disfrutada, conocida y utilizada por todos, pues si el poder que se concede al titular no entraña, en efecto, el ejercicio de una posesión física del objeto, sin embargo, contiene lo que es peculiar a un señorío absoluto de esta clase, que es la facultad de excluir a los demás asociados en el goce y la disposición de ese bien determinado que es la obra (23).

Y, admitido ya que la creación es un verdadero objeto jurídico y que el poder que se confiere al titular sobre ella implica un señorío absoluto ó "erga omnes", se suscita el problema de la calificación del derecho, en cuya solución es en lo que las teorías dualistas pertenecientes a este primer grupo difieren entre sí. A continuación pasamos a exponer las diferentes soluciones doctrinales.

TEORIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

6.- Una de las doctrinas profesadas con mayor generalidad y defendidas más ardorosamente es la de que el autor, el inventor y el titular de signos distintivos de carácter mercantil poseen sobre éstos objetos un derecho que debe ser conceptuado como verdadera propiedad.

Se trata en realidad de la primera etiqueta impresa sobre el derecho de los creadores, con la que éste hubo de incorporarse a los ordenamientos jurídicos modernos. Es, por

otra parte, la tésis que ha demostrado poseer, ya que no - mayor fuerza dialéctica -pues las objeciones a que ha de hacer frente son las de más enjundia y entidad de cuantas puedan oponerse a cualquier teoría- un vigor mayor para so brevivir a la evolución de las concepciones jurídicas y al paso del tiempo. Por último, todavía se apunta en su haber el constituirse como un instrumento que viene siendo utili zado en la práctica jurídica para la aplicación de las nor mas protectoras, que constantemente -aunque sea sin rigor científico- se sirven de conceptos como los de "ocupación", "posesión", "reivindicación", y otros muchos pertenecientes a la técnica de la propiedad (24).

La razón de esta vitalidad se encuentra, como es obvio, principalmente en tres circunstancias: la elasticidad del concepto de la propiedad, su carácter arquetípico para significar cualquier género de señorío sobre un bien exterior al sujeto, y la expresividad que tiene esta fórmula, cuando se la refiere a unos derechos que incluyen la alu s  n a la relación de pertenencia que existe entre el autor y su obra.

La contraposición romanista del domínio a todos los demás derechos (25) está expresando claramente ese carácter arquetípico de la propiedad, que como señorío inmediato sobre un bien, no queda vinculado conceptualmente a referencias delimitadoras de carácter subjetivo ni objetivo, sino que, por el contrario, puede reconocerse idéntico en lo esencial, cualquiera que sea el sujeto que lo ejerce y el bien sobre el que recaiga. Y es precisamente esta peculiaridad de la noción de domínio -en cuya virtud no repugna esencialmente su aplicación a cualquier forma de apro piaci  n de bienes y valores-, en la que sirve a la doctrina para adoptar el concepto en una versión amplificada, ex

tensiva a estas otras zonas de apropiación constituidas por los productos del espíritu humano.

Pero es que además junto a su valor arquetípico, la propiedad presenta ese otro atributo esencial constituido por su elasticidad plástica, por su posibilidad de reducirse conceptualmente a un núcleo esencial que no resulta alterado por la desmembración de facultades concretas, ni por la imposición de limitaciones condicionantes de su pleno ejercicio; que es como ha podido surgir esa figura del "nudo propietario", desasistido de toda posibilidad jurídica de goce; y por lo que pueden seguir llamándose propiedades situaciones dominicales en que sin embargo faltan notas tan típicas como la perpetuidad ó la soberanía del disfrute. Basándose en tales características, la doctrina que conceptúa el derecho de los creadores como propiedades contrarresta cualquier objeción que se funde en las limitaciones y peculiaridades del poder jurídico atribuido al creador.

Finalmente, la tesis de la propiedad exhibe de un modo muy gráfico, no la razón de ser, sino la esencia misma de estos derechos, que se constituyen, por encima de toda otra consideración de índole social, como una manifestación explícita de la relación de pertenencia que une a la obra con su autor. Si, como indica LOCKE, cada hombre es propietario de su propia persona, y según THIERS, el derecho de propiedad empieza por el propio cuerpo, pues "la primera de mis propiedades soy yo mismo" (26), no puede extrañarnos que ese valor significativo y metafórico, se utilice también para representar el modo como el creador es a su vez "propietario" de la obra creada.

Con lo dicho, puede comprenderse ya que la doctrina de la propiedad no se profesa por los distintos autores como una tesis formulada de manera unívoca. Quien acude a extraer

de ella sólomente su significado metafórico; quién, por el contrario, utiliza el concepto de un modo podríamos decir que literal; sucediendo que pueden registrarse casi versiones tan distintas como opinantes, aunque todas ellas coincidan en la adopción del concepto. También en la enunciación de la tesis han de distinguirse etapas. La evolución del pensamiento jurídico y el advenimiento de concepciones nuevas para explicar la naturaleza jurídica de las instituciones ha como decantado la tesis de la propiedad, alejándola de sus primitivas fórmulas, demasiado simplistas e incluso ingenuas y remozándolas conceptualmente.

La exposición de ésta que bien puede considerarse posición clave en la doctrina de la naturaleza jurídica de estos institutos, obliga, pues, a examinar separadamente las distintas fases y versiones en la formulación de la teoría.

1).- Los precedentes doctrinales de la teoría de la propiedad.

7.- Vamos a aludir aquí a ideas y expresiones que no tienen por sí mismas el alcance técnico atribuido después a la noción de propiedad, sino que manifiestan el deseo de invocar en favor del creador derechos a la disposición y a la explotación económica de su obra. Cuando aún no ha nacido la noción precisa del derecho de autor, inevitablemente el concepto jurídico al que se acude para explicar esa relación de señorío que una intuición elemental revela entre el autor y su obra, es el de propiedad (27). Pero si tales manifestaciones de la conciencia jurídica en favor de "un derecho de propiedad" de los creadores no tienen un riguroso significado técnico, sin embargo no debe olvidarse que, en cambio, constituyen el ambiente de ideas que preparan la versión de la tesis en la Revolución Francesa, gracias a la cual estos derechos encontraron consagración oficial en las

primeras normas positivas. Se trata, pues, en definitiva del material intelectual que hizo posible la formulación posterior de la doctrina de la propiedad en la que llamaremos su segunda fase ó fase polémica.

La idea de que el valor económico representado por la obra pertenece a su creador no existe en la antigüedad clásica, en que, como declara SIMMACO: "oratio publicata est libera est" (28). Tampoco es compatible con las concepciones medievales en las que, por una parte, se vive la idea de que la obra de arte no puede aspirar a premios terrenos (29), y por otra, se tiene la convicción que expresa, por ejemplo, - ELKE VON REPGOW, el autor del "Sachsenspiegel" al exclamar que lo que ha recibido graciosamente de Dios ha de ser común a todo el mundo; palabras con las que, como señala RINTELEN, quedan a la vez dichas dos cosas: que es un deber para el que ha recibido de Dios un conocimiento hacerlo público y que el conocimiento y la obra en que se comunica son un bien perteneciente a la comunidad entera (30).

La idea de que la obra pertenece a su autor penetra en la conciencia social y se extiende a impulsos de las teorías del derecho natural. No es que esta relación de pertenencia hubiera dejado de captarse del todo en anteriores etapas, - aunque, no pudo entrañar ninguna derivación hacia el valor económico representado por la explotación de la obra, porque ésta no se constituía aún como un bien autónomo sobre el que pudiera recaer ese señorío del autor, que se concebía únicamente como una soberanía espiritual en la antigüedad clásica y ni siquiera llegaba a eso a veces en los tiempos medievales. La recepción del derecho natural es la que promueve la conciencia de esa relación de pertenencia de la obra a su autor en virtud de la cual se señala que para percibir el - provecho económico de su explotación, el autor, el creador,

no necesita de ningún privilegio, porque la posibilidad de llevar a cabo esa explotación de la obra es algo que le pertenece de suyo. Surge así un tema nuevo, que enciende una polémica en torno a la cual las ideas sobre el derecho de autor se v \acute an afirmando y depurando: el tema de si la exclusiva del autor le corresponde por derecho com \acute un o ha de ser establecida mediante la concesión de un privilegio. La t \acute sis del "derecho com \acute un" se apoya en que la obra es una verdadera propiedad del autor "wahres und rechtes Eigentum", - dir \acute a la Facultad de Derecho de Leipzig en una respuesta del siglo XVII (31). Mucho antes, en 1.586, el Abogado franc \acute es MARION hab \acute ia concretado el n \acute cleo general del derecho de autor en forma que constituye una anticipaci \acute on interesante: - el autor de un libro disponer de \acute el libremente, es se \acute or del mismo como cada uno "de ce qu'il fait, invente et compose" (32).

La idea la expresa claramente LOCKE, en su obra de 1690 "Two treatise on Civil Gov \acute ernment", al declarar que todo hombre posee la propiedad de su propia persona y que el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos han de ser considerados como propiedad suya (33) y encuentra una acogida cada vez m \acute s general: KOHLER se refiere al pensamiento de HERI-COURT en sus memorias de 1.725, de que no son los privilegios reales los que hacen al editor propietario de la obra hecha imprimir por \acute el, sino \acute unicamente la adquisici \acute on del manuscrito al autor (34). GROUNDLING, profesor en Halle, la defiende en un escrito de 1.726 (35). En Alemania, THURNEISEN, profesor de Basilea, en su "Dissertatio jur \acute dica inauguralis de recusione librorum furtiva" de 1.738, declara: "Quod id, quod docti viri vel meditatione sua excerptum in ordinem digesserunt, illorum proptium sit, seu ad eos solos jure pertineat, nemo dubitatit" (36).

De este modo progresa la concepci \acute on de una propiedad in

telectual sobre la obra, que la ley especial y el privilegio no hacen más que confirmar y que ha de configurarse como un derecho perpétuo.

Warburton (en su obra de 1774, "A letter from an author to a member of Parliament, concerning literary property") - había llegado a distinguir entre el manuscrito, como bien corporal, y la forma de la obra, como bien intelectual sobre el que podría fundarse una propiedad conforme al "commor law" que el Estatuto se limita a reconocer.

Sin embargo, el que el autor posea, de acuerdo con los principios del derecho común, la facultad de prohibir directamente a los demás la impresión de su obra, pugna demasiado con el ambiente de ideas en que esta clase de protección se inicia, en el cual constituye un principio general la libertad de editar e imprimir libros y ese principio sólo puede ser derogado mediante la posesión de la prerrogativa excepcional que confiere el privilegio. Por eso, sobre todo los juristas anglosajones, publicado el Estatuto de la Reina Ana de 1.709 (una de las primeras leyes que declaran el derecho de autor a reproducir en exclusiva sus obras, como hemos visto ya), concretan la polémica en torno a si el autor posee ese derecho según el "common law" ó si por el contrario sólo le corresponde por virtud de lo que dispone el Estatuto especial. Las opiniones se inclinan a la segunda respuesta, porque el principio que inspira esencialmente al "common law" es el del uso libre. Una tal limitación de la libertad no podría emanar del derecho natural directamente. La tesis la expresa con toda claridad BLACKSTONE en 1.765. BLACKSTONE hace estimar el derecho de autor en su "labour and invention" destacando junto al trabajo, el invento. Se precisa para el nacimiento de la propiedad intelectual una "original composition". Según su punto de vista, se trata de una adquisición originaria de la propiedad mediante "ocupancy" a la que el

autor se hace acreedor mediante su invención y trabajo. Pero no duda BLACKSTONE en recoger lo que viene siendo la opinión dominante de la época, que es, como dice la jurisprudencia, que la existencia de una propiedad de carácter perpétuo sobre la obra, derivada directamente del "common law", únicamente puede admitirse en relación con la obra no publicada. Por el contrario, para que exista un derecho exclusivo del autor ó del adquirente del manuscrito es preciso que tal derecho se declare de un modo explícito en la ley ó estatuto especial (37).

La idea de la "propiedad del autor" se afirma progresivamente en PUTTER. En su obra publicada en Göttingen en 1774 expresa la idea de una propiedad intelectual, al decir, refiriéndose a las obras nuevas de los sabios, que son "ein wahres Eigentum ihres Verfasser, so wie jeder das, was seiner Geschicklichkeit und seinem Fleisse sein Dasein zu danken hat, als sein Eigentum ansehen Kann" (38). En otro trabajo de 1.777 distingue PUTTER dos clases de obras: aquéllas que un editor sólo puede imprimir mediante su reproducción y -- aquéllas otras que pueden imprimirse a su vista. Las primeras originan para el editor un "derecho de edición de carácter dominical", que le corresponde incluso sin tener privilegio. Para las otras obras, que pueden ser impresas teniendo como base la primera reproducción, cada uno tiene su libertad natural para imprimir y editarlas, como no posea en contra un privilegio exclusivo. La obra nueva de un sabio, que ha sido editada por primera vez, es un ejemplo del primer grupo de obras. Es una propiedad de su autor. Nadie puede atribuirse derecho alguno a ésta obra sin el consentimiento del autor (39). De este modo en fin, se vá concretando una corriente de ideas y un conjunto de opiniones y de teorías que conducen a la aceptación de una "propiedad intelectual", al reconocimiento de que el autor tiene unos derechos

con respecto a su obra en el orden económico y que estos de rechos bien pueden incluirse dentro de la denominación genérica de propiedades.

2).- La fase polémica ó política.

Llegamos después de este proceso de ideas, preparato -
rio del reconocimiento de los derechos que corresponden en
justicia al autor y al inventor, a una fase en que luchan -
entre sí dos factores contrarios: el deseo de crear figuras
concretas definidas, por medio de las cuales la protección
se preste, y la repugnancia a utilizar para este fin fórmu -
las que impliquen de algún modo una limitación a la libertad
de iniciativa, de industria y de trabajo que constituye el
ideal revolucionario del siglo XVIII.

En ese clima de ideas, se han derogado los privilegios
feudales, se ha proclamado que la propiedad es un derecho -
natural no sujeto a ninguna clase de vinculaciones, se han
eliminado las restricciones políticas a la industria y el -
comercio, declarándose la libertad de actuar y emprender y
formulándose como ideal económico el libre juego del merca -
do, regido por las tendencias de la oferta y de la demanda,
que se admiten como ley universal, ante las cuales el poder
político no tiene ninguna función reguladora. De este modo,
las cortapisas y las trabas de cualquier género que pudie -
sen obstaculizar la empresa del autor ó el inventor ó some -
tieran a controles y prescripciones gremiales ó políticas
la utilización de medios distintivos en la actuación mercan -
til, caen por tierra, removidos por el espíritu revoluciona -
rio. Aquí se encuentra evidentemente una primera aportación
del nuevo ideario al reconocimiento de los derechos del au -
tor y del inventor que pasarán a ser considerados ahora co -
mo una manifestación particular del ejercicio de los dere -

chos del hombre, que se constituyen en la base doctrinal y política. A partir de este momento, el autor no vá a precisar - de ninguna clase de privilegios para dar a la publicidad y difundir por todos los medios a su alcance su obra; ni el inventor necesitará someter su hallazgo al dictámen de organismos que verifiquen su utilidad social, del mismo modo que el comerciante tampoco habrá de condicionar el uso de sus signos al cumplimiento de normas dirigidas a regular la fabricación ó la venta, ó al control de la calidad de sus productos, que en lo sucesivo se considerará que es una función exclusivamente suya.

Pero naturalmente ese aspecto positivo, con toda su importancia, no resuelve el problema del establecimiento de una protección eficaz. Desarrollada ya en toda su plenitud la conciencia de un derecho del autor y del inventor sobre los productos de su actividad creadora y del comerciante a la imputación de los resultados obtenidos en la lucha concurrencial, surge la necesidad de configurarlo como una facultad que reserve únicamente para el mismo los valores económicos que representa su creación. Se trata, sin embargo, de determinar la fórmula concreta en que ha de plasmarse y de delinear su figura. La difusión de las obras literarias y artísticas, el empleo industrial de las invenciones y la utilización de los elementos que contribuyen a individualizar la empresa y sus productos, canalizando la elección de los consumidores, ya en esta época son valores económicos importantísimos y por ello las apetencias del creador, que comenzaron por manifestarse como una especie de pretensión de paternidad, ahora se centran en la imputación plena de esos valores económicos, que es la razón por la que el reconocimiento de éstos derechos se suscita ahora en el plano de los intereses patrimoniales (40).

A la determinación del contenido, de los límites y de las

características que han de determinar esa protección concu -
rren sobre todo tres circunstancias: la figura histórica del
privilegio, el interés específico del creador y las posibili -
dades que ofrece a su pretensión el régimen económico.

La influencia ejercida sobre la nueva concepción por la
figura histórica del privilegio industrial del autor y del -
inventor es evidente, no solo por constituir en sí misma un
ejemplo de protección verdaderamente eficaz en cuanto a los
intereses económicos del creador, sino por el prestigio que
recibe a través de su consagración en los Estatutos ingleses
el de Monopolios de 1.623 y el de autor de 1.709, que pasan
por ser la Carta Magna de los derechos de autores e invento -
res. En 1.787 la Cámara de Comercio de Normandía había pedi -
do que se adoptara en Francia la Legislación inglesa sobre -
patentes de invención (41), y eso prueba hasta qué punto pe -
saba en el ambiente revolucionario el ejemplo histórico del
privilegio monopolístico, como el arquetipo al que forzosa -
mente habría de conformarse el derecho nuevo.

De otra parte, el autor y el inventor no pueden resig -
narse a recibir tan sólo premios ni recompensas genéricas,
que, con independencia de su calcance económico, no signifi -
carían una apropiación de los valores económicos de su obra,
que es a lo que esencialmente aspiran; del mismo modo que en
el pasado no se conformaron con el régimen de tutela de las
cláusulas de "no imitación" que parece haber representado la
"parte veneciana" de 1.474 y la práctica jurídica de los te -
rritorios alemanes.

Pero es que, en fin, ahora esa pretensión se formula -
con mayor empeño, toda vez que el sistema económico ha descu -
bierto en la invención y en la obra de arte valores de enor -
me garantía, representados por las expectativas de ganancia
que ofrece su explotación industrial. Ya no estamos frente a

molinos ni artes hidráulicas, ni tampoco ahora la difusión de ideas y escritos es un lujo de minorías, sino el factor en torno al cual se centra toda una concepción nueva de la vida. Al creador hay que darle la oportunidad de que obtenga de su obra eso que el régimen económico reserva a la iniciativa empresarial, que es la posibilidad de perseguir un lucro limitado, pues cualquier otra fórmula defraudaría sus esfuerzos, no significaría ese premio y ese estímulo que quiere darle la sociedad, no ya en retribución de sus servicios, sino para fomentar esa actividad inventiva y creadora, que tan necesaria es al desarrollo cultural y al progreso técnico. No estaría en proporción la recompensa con el servicio prestado si la sociedad no ofreciese al autor y al inventor eso que dedica el sistema económico a la iniciativa empresarial, si no le reservara lo mejor que el régimen económico lleva dentro de sí y el mayor estímulo que puede ofrecer a cualquier clase de empresas, que es la expectativa de una ganancia indefinida y de un lucro ilimitado.

Pero claro está, si eso es así, ya se comprende que el ofrecimiento de tales perspectivas al autor y al inventor sería un acto demasiado irónico, si esas mismas posibilidades de lucro pudiesen ser intentadas por otras personas. El régimen de privilegios de edición del siglo XVI había surgido de esa misma lección. Declarada la libertad de imprimir toda clase de obras, sin necesidad de privilegio, el valor económico de la creación se esfuma, ante la proliferación de ediciones y la degradación de los precios. Ha de ganar el editor, el que imprime los libros, es decir el empresario de la creación intelectual, para que se retribuya suficientemente el esfuerzo del creador mismos. Si el editor no puede impedir que sus rivales reimpriman libremente ese manuscrito por cuya impresión el pagó al autor una compensación económica, la obra del autor no vale nada. Del mismo modo, el derecho del inventor "... carece

de contenido práctico estimable, si se queda reducido a esa simple posibilidad suya frente a las posibilidades igualmente reconocidas a los demás, de realizar y explotar libremente el invento por aquél conseguido (42). En cuanto al usuario de 9 signos mercantiles, no se suscita cuestión, porque no existe alternativa, ya que únicamente en el caso de que su uso quede reservado a uno solo, pueden realizar su función diferenciadora éstos signos y adquirir por lo tanto un valor económico estimable.

Se deduce de todo ello que, si verdaderamente se desea establecer una protección adecuada a los intereses económicos de los creadores, el contenido de esa protección en el orden patrimonial, habrá de concretarse forzosamente en un monopolio de explotación ó de uso.

Y aquí es dónde se plantea un conflicto entre el ideario revolucionario, que postula la libertad de empresa, la posibilidad de ejercer una actividad industrial y económica sin límite alguno, la supresión de toda posición privilegiada en el mercado, y esa pretensión monopolística, que es la única que satisface plénamente el derecho de los creadores. Las resistencias y las objeciones a su implantación son conocidas: los pretendidos derechos del autor y del inventor se presentan ante los partidarios extremistas de la libertad económica como monopolios obstaculizadores de la libertad de comercio, reminiscencia de los privilegios feudales, nuevas cortapisas a la libertad, que ahora van a centrarse en la pretensión insufrible de encadenar las ideas y los pensamientos, por naturaleza inapropiables, al dominio de uno solo (43).

Y en esta lucha los triunfadores son los que defienden el derecho del autor y del inventor alegando que la obra es "propiedad de su creador", en tales términos que protegerla es respetar uno de los derechos del hombre de origen natural

preexistente a toda ley, sagrado e inviolable (44).

Es así como se recurre al concepto de propiedad para calificar estos derechos, utilizándolo con fines polémicos y - políticos. (45)

En el ambiente y dentro de los ideales revolucionarios, hablar de propiedad es hablar de uno de los derechos funda - mentales del hombre, por lo que su invocación tiene la vir - tud suficiente para acallar toda objeción y deshacer toda re - sistencia al reconocimiento de estos derechos, que presenta - dos como manifestaciones del derecho fundamental de propie - dad, forzosamente han de ser admitidos y respetados por to - dos.

El caso de la primera Ley francesa de patentes es aleccionador. La Ley se origina en una nueva petición que en agosto de 1.790 formulan los inventores a la Asamblea, apoyando la solicitud anterior de la Cámara de Comercio de Normandía, de establecer en Francia el régimen de protección del Estatu - to inglés de Monopolios. La petición fué enviada al Comité - de Comercio, que encomendó un proyecto de Ley a BOUFFLERS que en efecto, se transformó en la Ley de 7 de enero de 1.791, ti - tulada "Decreto relativo a los autores de descubrimientos úti - les" (46). La Ley proclama la tesis del carácter preexistente de ésta propiedad, expresando la misma idea de LAKANAL, LE - CHAPELIER Y MIRABEAU, de que se trata de las más personal, la más legítima y la más sagrada de todas las propiedades (47). En el preámbulo de la Ley la Asamblea Nacional declara que to - da idea nueva, cuya manifestación ó desarrollo puedan ser úti - les a la Sociedad, pertenece privativamente a quien la ha con - cebido; y considera que sería atacar los Derechos del Hombre no estimar un descubrimiento industrial como propiedad de su autor (48). Análogas afirmaciones se encuentran en la Ley de 19-24 de Julio 1.793 sobre derecho de autor (49).

152.

La terminología revolucionaria se incorpora a las distintas leyes de la época y es sobre la base del reconocimiento - de ese derecho de propiedad como logra su entrada en los ordenamientos jurídicos modernos el derecho del autor y del inventor.

La utilización del concepto de propiedad a fines polémicos -es decir, para defender mejor estos derechos frente a - sus contradictores- es un instrumento que bien pronto se desplaza, de los políticos a los juristas. La Revolución -dice ROGUIN- derogó los privilegios, los monopolios y toda clase - de instituciones perturbadoras de la libertad del tráfico; y por eso los partidarios de la defensa del derecho del autor y del inventor rechazaron a todo trance cuantas palabras y explicaciones recordaban un estado de cosas aborrecibles "prefiriendo violentar los hechos a confesar la verdadera naturaleza de monopolio de los derechos de autor" (50). Es más, en un principio, se pretende con la utilización de este término de propiedad no sólo la defensa de los nuevos derechos, sino su equiparación plena a la propiedad común en todos los órdenes y especialmente en la duración de la protección, que quiere hacerse perpétua (51). La falta de técnica y rigor en la utilización de la noción de propiedad se aprecia en razonamientos como el de PAPPAFFAVA, cuando proclama que nada puede merecer mejor el nombre de propiedad del hombre que la facultad de su espíritu y sus producciones. La argumentación sin embargo termina por traducirse en lo que aún hoy podemos encontrar en la doctrina, como ésta de MEDINA Y SOBRADO: No cabe sostener "que el hombre disfruta del producto de la inteligencia gracias a un privilegio, a un acto más o menos arbitrario del poder público, que esas relaciones jurídicas creadas entre el ser pensante y su pensamiento obedecen a una ley de monopolio y no a un verdadero dominio ó propiedad sobre las ideas (52).

Como dice ULMER en fin, la comparación del derecho del autor con la propiedad de las cosas ha proporcionado una ayuda inestimable al reconocimiento y a la introducción de su tutela (53).

3),- Generalización de la tesis del derecho de propiedad.

8). Sentada la tesis de la propiedad con esa finalidad polémica, bien pronto se generaliza en una serie de legislaciones y tiene una recepción general también en la doctrina. Pero la concepción ha cumplido ya la finalidad perseguida: - los derechos se encuentran ya establecidos, se han implantado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, y son una institución perfectamente definida y regulada, aunque no dejan de apreciarse en su establecimiento resistencias y excepciones.

Pero, una vez conseguido así, ya no basta con dar a la afirmación de que el derecho del autor y del inventor es una propiedad ese sentido aproximativo y constituyente de la época revolucionaria. Es preciso utilizar el concepto en una construcción jurídica, que se presente como técnicamente aceptable. Entramos así en una fase en que la tesis de la propiedad pasa a convertirse en una respuesta doctrinal al problema de la naturaleza jurídica de estos derechos. Llegamos entonces a querer verificarse el concepto literalmente, como - en el caso de OSTERRIETH ó de FRANK que postulan su perpetuidad (54).

Inmediatamente se desencadena una crítica contra esta posición, arguyendo que aplicar el concepto de propiedad a derechos tan especiales, supone violentar la noción clásica de dominio, creada en consideración a la apropiación y el disfrute de las cosas materiales. Es la reacción de los pandectistas

(55). Los argumentos técnicos se complementan con la alusión inevitable a que las ideas no son susceptibles de apropiación, como en el caso de DUPIN, al declarar en su informe a la Asamblea francesa en 1.843: "Mientras la idea, la concepción de un descubrimiento, no ha sido emitida, es indiscutible que es la propiedad de aquél que la ha engendrado ... Pero una vez emitida, una vez depositada en el vasto fondo común de los conocimientos humanos, una idea no es susceptible de este disfrute exclusivo ... que se llama propiedad" (56). GIERKE dirá de la tesis que es "oscura y cambiante" (57).

Gran parte de esta crítica, sin embargo, deriva hacia una posición aún más inadmisibile: la de que el derecho de autor y el del inventor no son verdaderos derechos subjetivos, sino meros reflejos de una prohibición legal. Esta es la posición, por ejemplo, sustentada, por LABAND y GERBER (58).

En todo caso, es evidente que la legislación posterior a la revolucionaria dá muestras de separarse de la tesis confesionalista inicial en la que los textos legales con gran unanimidad declaraban que el derecho del autor y del creador era una verdadera propiedad. Así lo regleja ya la nueva ley de patentes francesa de 1.844 y la de 1.866 sobre derecho de autor, que abandona la fórmula de la propiedad (59).

La legislación española, que desde un principio acogió también la tesis revolucionaria del derecho de propiedad, no la ha abandonado. Así, en el artículo 1º del Estatuto vigente sobre propiedad industrial se declara que: "Propiedad industrial es la que adquiere por sí mismo el inventor ó descubridor con la creación ó descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria, y el productor, fabricante ó comerciante, con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su trabajo". El párrafo 2º del precepto recoge la tesis de la "pre-existencia" del derecho en estos términos tan explícitos: "la

Ley no crea, por tanto, la propiedad industrial, y su función se limita a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en ésta Ley se fijan, el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso ó del registro, según los casos (60).

También la jurisprudencia patria continúa fiel a la doctrina de la propiedad, en líneas generales.

En todo caso, en la práctica jurídica y en la terminología de las leyes siguen aplicándose conceptos típicos de la noción de propiedad.

4).- La doctrina de la propiedad "sui generis" y de la "propiedad especial".

9). En la doctrina que acoge el concepto, después de las primeras expresiones, ya no suele encontrarse una recepción plena que no vaya acompañada de reservas y distinguos. Comienza a advertirse la imposibilidad de aplicar en bloque la noción de dominio, sin introducir en ella matizaciones, todo lo que conduce a afirmar que estos derechos son propiedades "sui generis" ó "propiedades especiales". La doctrina está llena de declaraciones en el sentido de que el derecho del autor y el del inventor, e igualmente el que posee el usuario de signos distintivos de carácter mercantil, han de calificarse como derecho de propiedad, pero de otro género, de otra naturaleza que la propiedad común. El ejemplo lo había dado ya el propio LE CHAPELIER en 1.791 cuando, al sostener que la obra, como fruto del pensamiento de un escritor, es la propiedad más sagrada, más inatacable y más personal, aclara: "sin embargo es una propiedad de una naturaleza completamente diferente a las otras propiedades (61). ESTASEN razonará así este

"la relación inmaterial" con el mundo exterior (65). Si se considera el derecho de autor como un derecho de propiedad intelectual -dirá CUPIS- es indudable que se trata de una propiedad que presenta características jurídicas especiales, dependientes de la especialidad de su objeto (66). En todos éstos casos, pues, -y en otros muchos más- la calificación de propiedad vá acompañada de la afirmación de sus notas especiales.

La tesis de la propiedad es razonada también por DIAZ VELASCO, para el cual en estas instituciones existen dos clases de derechos: unos, que afectan a la personalidad (los que derivan del mero hecho de la invención, tales como el derecho secundario a obtener, mediante la concesión de la patente, el derecho de exclusiva; el derecho a conservar y guardar para sí secreta la invención y el derecho a titularse y ser considerado autor de la misma, aún después de obtenida la patente); y otros, de carácter patrimonial, "derecho éste que puede ser reputado, sin inconveniente, de sustancialmente dominical". Con respecto a los signos distintivos, DIAZ VELASCO establece una distinción necesaria. Contemplados tales signos únicamente en cuanto a elementos que pueden ser protegidos por el régimen general de represión de la competencia ilícita, su tutela no sería más que una manifestación parcial del derecho, completamente ajeno a toda propiedad intelectual, que todo comerciante ó industrial tiene a defender su empresa contra los competidores y ante la clientela. Pero considerados en cambio estos signos, en virtud de un proceso de objetivación que ha plasmado en la aparición de derechos subjetivos autónomos, como verdaderos objetos jurídicos, puede decirse que todos ellos, nombre comercial, marca ó rótulo de establecimiento, constituyen el "objeto de derechos autónomos de tipo esencialmente dominical" (67).

Podrían recogerse otras muchas muestras de esta misma concepción. ROTONDI estima que el derecho del inventor, a través

concepto: Existe la propiedad común sobre bienes materiales. Pero hay otra clase de bienes, "sobre los cuales se ejercitan los derechos de propiedad", constituidos por aquellos que "no tienen una existencia material, sino que representan simbólicamente determinados valores, y es necesario un sentimiento bastante refinado para que pueda extenderse a esos bienes simbólicos, -el concepto de propiedad-, por lo que es natural que los derechos relativos a éstos aparezcan en épocas de relativo adelanto y cultura". Después de referirse a la propiedad artística y literaria señala que, con el progreso de las artes e industrias se destaca la propiedad industrial "con fisonomía propia y con caracteres independientes". En todo invento hay algo que pertenece a la sociedad: las ideas, los conocimientos de que el propio inventor se ha valido. Por eso no es justo que se le atribuyan todas las ventajas de su invento sin ninguna clase de limitaciones ni cortapisas, lo que origina que estos son derechos de propiedad, pero de carácter distinto al de las demás propiedades (62). Para MASSE, el derecho del autor y el del inventor es un derecho de propiedad natural, aunque las necesidades sociales puedan modificar su ejercicio y someterlo a reglas particulares (63). DALIMIER y GALLIE declaran que no repugna aplicar a estos derechos el concepto de propiedad: donde hay creación, debe haber propiedad de lo creado. Existe una propiedad humana sobre los gustos, los sentimientos, la razón; también debe haberla sobre las propias creaciones (64). Para PELLA y FORGAS se justifica la noción de propiedad en estos derechos teniendo en cuenta que la propiedad no es de la idea, por sí inapropiable; ni de la materia que sirva para la aplicación del pensamiento a la industria, ya que tal material por sí sola tampoco puede ser objeto de exclusiva posesión en el sentido en que se habla en estos derechos de los creadores; la propiedad radica en "la unión de la materia con la idea, creando una cosa nueva", en

de un proceso histórico, se ha transformado de un privilegio concedido graciosamente, "en el reconocimiento de un derecho real de propiedad sobre la invención", anterior e independiente a la concesión por parte de la autoridad pública de la patente, que se limita a reconocer el derecho preexistente del inventor y proporcionarle una publicidad oficial (68). MEDINA Y SOBRADO precisa que las propiedades industrial e intelectual han de ser consideradas como "cualesquiera otras de tipo ordinario ó corriente, sin más diferencias dignas de mención que la cosa inmaterial que les sirve de objeto y el período de tiempo limitado durante el cual ha de ejercitarlas" (69).

La posición que sistematiza la amplificación del concepto de propiedad y su extensión a los derechos de que tratamos está representada muy expresivamente por JOSSERAND, cuya concepción parte de subrayar el carácter cada vez más multiforme y plástico que está adquiriendo en forma creciente la noción de dominio, en virtud de la cual la propiedad reviste ya una extensión y una variedad de aspectos desconocidos en el derecho "quiritario". Hay que empezar por reconocer, por consiguiente, que la propiedad es un concepto adaptable a toda clase de bienes. Es más ... "cada categoría de bienes comporta una forma de apropiación privativa de ella". (70). Se deduce de ello que no hay una propiedad, hay propiedades, porque el interés de la sociedad es que la apropiación de los bienes comporte estatutos en armonía con los fines perseguidos, que varían mucho; el derecho de propiedad es de los más flexibles y más matizados que figuran en las diferentes categorías jurídicas; su plasticidad es infinita". (71). En una tal concepción, por tanto, la atribución del calificativo de propiedades a estos derechos nuevos no es sino un tributo de reconocimiento del proceso evolutivo de la idea de propiedad, en virtud del cual la institución se adapta a la naturaleza diversa de los bienes, puede

abarcas cualquier clase de objetos jurídicos, y no sólo los objetos materiales, y ha de acomodarse a las exigencias sociales que el uso, el disfrute y la disposición de los distintos valores que puede el hombre utilizar, exigen en interés común. La propiedad intelectual y la propiedad industrial no son sino formas de apropiación no concebidas en otras sociedades, nuevas manifestaciones del dominio, que han de ajustarse al patrón tradicional y clásico en lo sustancial, pero que se diversifican de él en una serie de aspectos fundamentales. "las obras de la inteligencia llevan consigo una apropiación exclusiva y oponible a todos, como una especie de propiedad". No son objeciones fundadas contra esta tesis, ni la temporalidad del derecho, ni la aparente existencia de un derecho de "uso" en el derecho de autor. Por lo que se refiere al primero, ha de tenerse en cuenta que "el concepto moderno de la propiedad y aún el de la propiedad inmueble, no es ya inseparable de la idea de perpetuidad, y hay formas de apropiación, que sólo existen durante cierto tiempo". En cuanto a la segunda objección, "aparte de que el autor tiene sólo el derecho de reproducir su obra -y esto es hacer uso de su derecho- no se llega a concebir el fructus sin el usus; éste aparece virtualmente contenido en aquél". Hay que llegar, pues, a una afirmación rotunda de propiedad. "En realidad, el monopolio de explotación del autor ofrece una analogía notable con el derecho del propietario de una cosa; representa el dominio más completo que llevan consigo las obras de la inteligencia y constituye una forma moderna de la apropiación de bienes; la tesis que deniega ese carácter procede de una concepción quiritaria del derecho de propiedad". Sin embargo, se trata de una propiedad con notas peculiares: "el monopolio de explotación no constituye una propiedad idéntica a la que el Código Civil organizó para los bienes corporales", pero "la noción moderna del derecho de propiedad es suficientemente comprensiva y matizada para

ra abrigar formas de tenencia muy diferentes entre sí" (72). El pensamiento de JOSSE RAND ha nutrido de savia propia y de justificación a la doctrina de la propiedad, ofreciéndole la mejor de sus razones: sus posibilidades inagotables de adaptación y de flexibilidad.

Entre nosotros, la expresión "propiedad especial" tiene particular prestigio y honda raigambre. Aparece en el proyecto de 1.882 del Código Civil, en que figura ya la rúbrica "de algunas propiedades especiales", que comprende la de las aguas la minera y la literaria, y que vá a convertirse en una fórmula estereotipada y tópica para la calificación de éstas figuras, en la doctrina y en la legislación española. La expresión se reproduce en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.888, con arreglo a la que se articula el Código Civil (73). Y queda reconocida en el texto legal vigente (74). El carácter especial de éstas propiedades no viene justificado en la doctrina española tanto por las notas peculiares que parecen definir las (temporalidad, peculiaridad del poder jurídico, contenido del derecho, etc.), como por la idea tan extendida de que se trata de instituciones híbridas en su naturaleza, cuyo estudio pertenece en parte al derecho civil y en parte al derecho administrativo. La idea puede perfectamente quedar expresada en el principio general enunciado al respecto por ROYO-VILLANOVA: La propiedad individual es materia de derecho civil ó privado, por referirse a la utilidad particular, pero, a su vez, entra de lleno en el derecho administrativo, cuando el interés público exige una subordinación del interés privado (75). Entonces surge una institución en cierto modo híbrida. Este carácter mixto es el que expresan de un modo muy gráfico las propiedades que se denominan especiales, y a lo que a nosotros nos interesa, la propiedad intelectual y la propiedad industrial. Como para responder a esta concepción, el Código Civil se ocupa únicamente de mencionar la existencia de estas instituciones,

remitiéndose en un todo en cuanto a su regulación a la ley especial (76). Sin embargo, la doctrina ha rehusado construir - el concepto de unas "propiedades especiales". Lo recibe de ese hecho de venir reguladas fuera del Código Civil, como un tópico que no es preciso razonar, pero ha de respetarse (77).

5).- La construcción dogmática de la doctrina de la propiedad.

10.- A impulsos del deseo de sistematizar las diferencias de un lado, y las notas comunes de otro, existentes entre el derecho de propiedad y el derecho sobre las creaciones intelectuales, surge una construcción dogmática que trata de perfilar y completar la teoría del dominio. ROEBER ha dicho que la teoría de la propiedad, en su construcción dogmática, no es otra cosa que un método comparativo. No se toman como elementos definidores aquéllos que caracterizan de un modo propio los conceptos jurídicos respectivos de la propiedad y del derecho de autor y del inventor; la teoría se limita a apreciar las semejanzas y las diferencias y ponerlas en relación unas con otras. El resultado de incluir en un sistema esa comparación es la teoría de la propiedad (78).

Por ello la dogmática de la doctrina de la propiedad se basa ante todo en el reconocimiento de las peculiaridades que revisten los derechos del autor y del inventor y en la asimilación y sistematización de los rasgos exorbitantes a la clásica noción de dominio. El empeño se realiza sirviéndose de las ideas de JOSSERAND sobre la plasticidad y flexibilidad del concepto de propiedad y sus posibilidades inagotables de adaptación. El reconocimiento de una propiedad que recaiga, no sobre cosas, sino sobre obras artísticas ó invenciones, es la consecuencia de un proceso de desarrollo y extensión de la idea misma de propiedad. CARNELUTTI -cuya concepción exponemos en la -

teoría del derecho sobre bienes inmateriales- vió ya en un -
trabajo suyo de 1.912 éstos derechos como efecto de ese proce-
so cada vez más acusado de extensión del concepto de dominio
a zonas de apropiación no conocidas por anteriores sociedades.
La propiedad intelectual es el "derecho de poder gozar el re-
sultado del propio trabajo. El bien que resulta del trabajo -
creador no llega a ser una "cosa" y por eso no puede ser obje-
to de propiedad al modo clásico. Pero el hecho de que no se
conciba la propiedad sobre "resultados inmateriales" se debe
a que hasta época reciente era imposible obtener el resultado
inmaterial del trabajo como algo separado del goce de la per-
sona ó de la cosa en la que aquel producto era contenido. Al
cambiar las condiciones sociales con la aparición de medios -
como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, ha podi-
do realizarse lo que a primera vista era imposible, que es go-
zar de la acción mímica, de la declaración, del canto de otros
sin su consentimiento, como objetos separables de su persona.
Es, en fin, un problema de evolución del sentido jurídico y -
hasta de la propia técnica el que origina que estos derechos
no parezcan por sí mismos y por su contextura especial asimi-
lables al clásico derecho de propiedad (79).

Una de las muestras más claras de la integración en un -
sistema de la tesis de la propiedad la constituye la obra de
BARASSI, en la que tan interesante es subrayar el contenido
de su doctrina como el proceso de evolución de su pensamiento
y el camino de dudas y dificultades intelectuales que ha teni-
do que recorrer para su actual adhesión definitiva a la teo-
ría de que el derecho del autor y del inventor es de carácter
dominical. El mismo reconoce que antes de sus últimos estu-
dios no admitía la tesis de la propiedad (80). Hoy, sin embar-
go, se inclina a aceptarla porque "el amplio señorío de gozar
y disponer del modo más extenso conforme a la naturaleza in-
material de las obras intelectuales", se corresponde con el -

carácter esencial del dominio, si bien se trata aquí de un de recho de propiedad que por la particular naturaleza del objeto, presupone demostrada la paternidad intelectual (81). BARRASSI plantea abiertamente la problemática de la tésis de la propiedad, comenzando por sintetizar las objeciones clásicas que suelen oponerse a ésta doctrina (82). Ahora bien, si se considera la obra con separación plena de la persona de su autor, puede ponerse en el mismo plano con las cosas materiales desde el punto de vista de su aptitud para constituirse en el objeto de un derecho de propiedad. No podría calificarse de otro modo el señorío jurídico de gozar y disponer que incluye este tipo de derechos. Mientras la obra se considere única y exclusivamente como un pensamiento del autor, solo a éste puede corresponderle y no podría salirse nunca de la esfera de su personalidad; pero la obra, totalmente independizada de su creador, satisface intereses sociales, exigencias culturales ó del progreso técnico en la industria, y esto es lo que justifica plenamente el que se trate de un bien objeto de señorío dominical. Precisamente ese carácter social que se decubre en el derecho es lo que conduce a admitir que estos derechos de propiedad se caracterizan de un modo propio en relación con la propiedad de las cosas corporales (83). Existirán notas diferenciales, poseerán estos derechos peculiaridades proprias frente a la propiedad común; pero su interpretación como modalidades del dominio es la única que caracteriza satisfactoriamente un derecho cuyo contenido es la exclusión de todo tercero con respecto al disfrute del valor económico representado por el producto intelectual. Solo así se subraya debidamente el elemento de pertenencia exclusiva, de monopolio que ofrecen estos derechos y que es también un rasgo característico del derecho de propiedad. Esta idea expresa, de la manera gráfica que es preciso indicarla, una nota fundamental de los derechos que tratamos; la de incluir la máxima plenitud de señorío posible sobre una entidad objetiva valorable de

económicamente (84).

6).- Las objeciones a la tesis del derecho de propiedad.

11.- Las objeciones a la tesis de la propiedad son antiguas, numerosas y graves. Todas ellas se basan en la afirma-ción de que resulta violentar el concepto de dominio aplicado a una zona de intereses y de objetos tan diferente y peculiar como la que corresponde al derecho de los creadores.

a). Ante todo, -se dice- la prppiedad expresa en sí -misma la plenitud del disfrute de una cosa, en todas sus manifestaciones y posábilidades (85). El objeto de otros derechos es una actividad -un hacer ó no hacer- de alguien, mientras que el del dominio es la cosa misma, considerada en su totalidad (86). El dominio expresa la plenitud de ese señorío tan -intensamente, que origina la conocida hipóstasis entre el de-recho y el objeto, en virtud de la cual se identifican la propiedad y la cosa sobre la que la propiedad recáe (87). Pero -esta nota falta totalmente en el derecho de los creadores, en el que precisamente la primera dificultad técnica consiste en determinar un objeto independiente y exterior.

La razón de esto se encuentra en que el pretendido obje-to del derecho -la creación, la obra intelectual, la invención ó el signo mercantil-, no es susceptible de apropiación. Al -respecto, la posición crítica que se apoya en esta inapropia-bilidad de las creaciones alaga para razonarla que se trata -de pensamientos, de puras ideas, que una vez emitidas y publi cadas ya no es posible retener, ni lógicamente con respecto a ellas puede recaer señorío alguno (88). Por eso no es posible impedir que de hecho ese bien que se dice objeto de propiedad sea disfrutado, poseído, conocido y utilizado por parte de todos. Como señala ROUBIER, no puede negarse que el inventor ob

tenga un provecho económico de la explotación del objeto de su derecho; pero para que pudiese existir un derecho de propiedad "sobre una idea o una forma de expresión" sería preciso que el titular de ese derecho pudiera reservarse para sí -- como hace el verdadero propietario -- el uso exclusivo de ellas, siendo así que el creador, al ejercitar su derecho, -- persigue precisamente lo contrario, porque su beneficio económico exige precisamente que su obra sea difundida, conocida, disfrutada y apreciada por todos. El creador ó el inventor no pueden ejercitar su derecho -- contra lo que sucede con el verdadero propietario -- "qu'en mettant leur création ou leur oeuvre à la disposition de tous" (89). Puede observarse de este modo que los derechos de que tratamos tienen un "minus" y al mismo tiempo un "plus" en relación con el derecho de propiedad. Son derechos que llegan a menos que a lo que llega la propiedad -- misma en su extensión y en su ámbito, puesto que no se manifiestan como poderes jurídicos de excluir total y absolutamente a todo tercero del goce de la cosa, que hemos visto que tratándose de los creadores, no se reserva exclusivamente a ellos mismos, porque, por el contrario, constituye un principio esencial de la disciplina de estos bienes el que sean poseídos y -- disfrutados por parte de todos. Pero junto a este "minus" que ofrece el derecho de los creadores con respecto a la propiedad, exhibe en cambio un "plus" frente al dominio, que consiste en ese afecto exorbitante que produce el derecho de los creadores con respecto a la propiedad, de cosas materiales, y en virtud del cual aún transmitido el objeto material en que la creación se manifiesta, -- el ejemplar de una obra determinada --, se le impide al propietario que la ha adquirido hacer con ella todo lo que su naturaleza permite, destinarlo a todos los usos de que es capaz, pues se le prohíbe reproducirla, multiplicarla ó copiarla con fines lucrativos. Este efecto exorbitante constituye un "plus" en relación con el derecho de propiedad, que ha sido puesto de manifiesto muy frecuentemente como una nota de-

cisiva por parte de la doctrina que formula sus objeciones a la tesis de la propiedad (90). Como dice FRANCESCHELLI, sacrificar el derecho de propiedad no es posible que entre - en el esquema del derecho de propiedad (91).

b). En segundo término, esa identificación plena que - existe en el derecho de propiedad entre el derecho mismo y la cosa sobre la que la propiedad recae no puede apreciarse en el derecho de los creadores, no sólo por el carácter inapropiable del objeto, como se ha dicho ya, sino porque además el contenido del derecho no se traduce en facultades positivas de goce y disfrute de ese pretendido bien. Aquí no - puede hablarse propiamente de disfrute, sino de obtención de ganancias. Esa es la razón por la que no puede reservarse el autor ni el inventor el uso de su creación ni el disfrute de su obra, sino que para obtener de ella beneficios económicos, en definitiva para explotarla, ha de ponerla a la disposición de todos, mediante su multiplicación y difusión. Aquí no nos enfrentamos con el disfrute de un bien, sino con el ejercicio de una actividad mercantil lucrativa, que es lo que hay que - realizar para obtener los rendimientos económicos que la explotación de la creación permite. Mientras la situación típica de ejercicio del derecho de propiedad consiste en aplicar directamente las cosas a la satisfacción de las necesidades del propietario, en cambio, cuando se trata del derecho de - los creadores, la situación típica consiste en ejercitar una actividad mercantil, empleando en ella esos bienes; que es la razón por la que se incurren en la prohibición legal ni constituyen ataque alguno al derecho de los creadores los actos - de uso y disfrute de la creación intelectual por parte de ter - cero, que no tenga como objeto una explotación que persiga - lucro y ganancia (92).

El derecho de propiedad asegura a su titular el poder de goce de la cosa en cualquiera de sus destinaciones posibles e

incluso y en primera línea de la atención del derecho, no tan to como "bien de cambio", como en cuanto "bien directo". Así, el propietario de una casa puede venderla ó arrendarla a otro pero sobre todo tiene el poder de usarla directamente según su destino normal, es decir puede habitarla, poder que deriva directamente del derecho de propiedad. En la creación intelec tual, su destino propio sería satisfacer el sentimiento esté tico o el conocimiento científico o filosófico o utilizar in dustrialmente la invención. Pero el derecho del autor o el del inventor no consisten en impedir a los demás que la crea ción intelectual satisfaga esta clase de necesidades, sino por el contrario en evitar que se dediquen a la explotación de esa obra. En definitiva, es que el derecho patrimonial de autor no es un derecho de propiedad sino un derecho de utiliza ción económica. Se es autor, pero no propietario de una idea. (93).

c). Por todo ello, el poder jurídico que se incluye en el contenido del derecho de los creadores reviste una nota fundamental, que lo diferencia esencialmente del dominio y es su carácter negativo y excluyente. Esta nota impide concep tuar los derechos de los creadores como propiedades. Recuerda ROUBIER que suele decirse que también la propiedad incluye un monopolio, dá lugar a un derecho de exclusión, puesto que impide que otro que no sea el sujeto titular del derecho disfrute y goce de una cosa determinada. Pero no hay parangón posible en este aspecto tampoco entre la propiedad y el derecho de los creadores -añade-. Ciertamente, el propietario de un fundo es el único que tiene derecho a cultivar su tierra y disfrutarla. Pero no es menos cierto que está sometido, en lo que concierne al resultado de su explotación, al aleas de la con currencia económica: Venderá los frutos de su tierra según el curso del mercado; arrendará las habitaciones de su casa, en competencia con los propietarios de otros inmuebles. Pero

el titular de una patente o el autor de una obra artística o literaria, se encuentra por el contrario sustraído a esta - ley de la concurrencia económica, investido de un verdadero monopolio y por ello el término de propiedad es insuficiente para expresar la esencia misma de este fenómeno económico. - (94). Los derechos sobre cosas corporales se establecen ante todo "para asegurar a sus titulares el goce privativo de esas cosas, mientras que los derechos de autor o de inventor se establecen para prohibir a los terceros la explotación de la obra o de la invención" (95). La facultad específica que constituye el contenido de estos derechos no consiste en la posibilidad de multiplicar, de reproducir, de utilizar la obra. Este derecho "se desprende naturalmente del derecho de propiedad sobre las cosas corporales". "El mismo artículo de la ley que permite a un individuo traficar con las patatas de su campo o con los productos de su industria le autoriza para reproducir su obra literaria o artística y lucrarse con ella, bien vendiendo él mismo los ejemplares de la obra, bien celebrando para ello un contrato de edición con un librero". (96). De los dos aspectos, el derecho a explotar económicamente la creación, y el derecho a impedir que cualquier persona distinta - del titular lleve a cabo esa misma actividad de reproducción ó explotación de la obra, el segundo aspecto, es decir el aspecto negativo es el único esencial y el único definidor. El aspecto positivo del derecho -la posibilidad jurídica de explotar la obra-, pertenece al autor o al inventor "sobre la base del derecho común, sin que sea necesario recurrir a la ley especial que disciplina el derecho del inventor o el derecho del autor" para explicarlo. Por el contrario, las facultades que componen el derecho de autor o del inventor en el - aspecto negativo o excluyente, es decir, la posibilidad de impedir a toda otra persona que exploten su creación o su invento, no pertenece por sí a autores ni a inventores, sino que se constituye como una creación de la ley especial (97). De aquí

que lo que verdaderamente caracteriza a estos derechos es el "jus prohibendi", el "jus excludendi alios", lo que los distingue típicamente del derecho de propiedad y de su "jus fruendi" (93).

d). Por ello finalmente estos derechos ofrecen otra no ta específica que no se compagina con su conceptualización de ma nifestaciones del derecho de propiedad, que es la interven - ción de la Administración pública en la adquisición del dere cho. La autoridad administrativa puede concurrir con actua - ciones diversas a la defensa y a la protección de los dere - chos privados; puede poner al servicio de estas finalidades sus organizaciones administrativas, con objeto de exteriori - zar el derecho y dotarle de la publicidad debida, como suce - de con las organizaciones de los registros administrativos y especialmente del registro inmobiliario. Pero en el caso del derecho de los creadores, la intervención de la Administra - ción llega a más, puesto que consiste en el otorgamiento de una concesión administrativa "salvo jure tertii", que confie re esa titularidad formal inexcusable para el disfrute del - derecho, que es la patente, que se explica pensando en la in terferencia que estos derechos originan en la libertad gene - ral de actuar y de competir. Y aunque la respuesta clásica - de la tesis de la propiedad es la del valor meramente decla - rativo de estas concesiones y de estos actos de la Adminis - tración pública, sin embargo se manifiesta aquí un elemento de discordancia y de diversidad que tiene por sí solo rele - vancia propia y que contribuye con los otros ya indicados a ahondar las diferencias que existen entre la propiedad y el derecho de los creadores.

e). Se aprecian otras diferencias sensibles entre am - bas figuras jurídicas, como la temporalidad de la protección en el caso de las creaciones intelectuales, frente a la per -

petuidad clásica del dominio (99), pero todas ellas podrían quedar expresadas en el siguiente esquema presentado por ROGUIN: 1). La propiedad recae sobre una cosa individual; estos derechos en cambio se refieren a toda una categoría de cosas. 2). El derecho de propiedad se resuelve en facultades de disfrute; el derecho de los creadores, en cambio, en la posibilidad de impedir a otros una actividad determinada. 3). El derecho de propiedad impide a todo tercero la realización de actos idénticos a los que efectúa el propietario; por el contrario, el derecho de los creadores impide la realización de actos semejantes. 4). El derecho de los creadores impone a los demás la obligación de no hacer lo que hace otro; el derecho de propiedad sólo les obliga a no atentar a la cosa ajena (100). Todavía más explícito es el siguiente inventario de objeciones de PIOLA-CASSELLI: En estos derechos, a) no hay otro modo originario que el título de creación de la obra; los demás de la propiedad son inaplicables; b), los modos derivativos difieren de los modos comunes de la propiedad (contrato de edición, representación, licencia); c), la comunidad del derecho de autor se regula de forma distinta que el condominio; d), el derecho de autor no es susceptible de posesión en el mismo sentido que las cosas materiales; e) los separa también la temporalidad de la protección, que no es sólo una nota de su regulación positiva, sino circunstancia propia de la obra misma, cuyo valor cesa en un momento más ó menos lejano de aquel en que fué creada; f), el derecho del propietario es, dentro del catálogo de derechos, el derecho individual máximo, mientras el de autor es un derecho limitado por esencia a determinadas facultades (101).

Naturalmente que a todas estas objeciones la teoría de la propiedad ha replicado con sus argumentos invariables: se trata de nuevas formas de apropiación, y precisamente por eso se consideran como propiedades especiales, estos derechos,

151.

en cuanto modos de apropiación "sui-generis" y no se integran dentro de la propiedad común. Es que constituyen una adaptación del dominio a nuevas zonas de valores no conocida con anterioridad. Pero aún esta misma alegación que parece poder enfrentarse a todo ese conjunto de objeciones, consideradas en bloque y en su conjunto, tiene el fallo que ha subrayado FRANCESCHELLI al decir que si el concepto de propiedad se hace tan extenso, dentro de él ya no queda nada (102).

7).- La función expresiva y el carácter instrumental de la doctrina de la propiedad.

12.- Y sin embargo de todas estas objeciones, y a pesar de lo insatisfactoria que indudablemente resulta la construcción del derecho de los creadores como un derecho de propiedad, sin embargo la doctrina viene siendo aplicada, ha servido de rótulo a todo el movimiento internacional de protección del autor, del inventor y del titular de signos mercantiles, representado por las Uniones Internacionales, y constituye un instrumento de práctica jurídica, en la que todavía realizan una función ilustrativa los conceptos de ocupación, prescripción, reivindicación, la calificación de la obra o de la invención como un bien mueble, etc. A través de reservas, de precauciones y de distinguos, la teoría de la propiedad parece sobrevivir a todos los reparos doctrinales. Es muy cierto que, como observa PUGLIATTI, la doctrina que la utiliza lo hace después de una serie de aclaraciones y condicionando su uso a que se tenga en cuenta las diferencias profundas que existen entre la propiedad y este otro sector de derechos tan diferentes. (103). Al respecto, uno de los casos más significativos es el de ASCARELLI. Para ASCARELLI, -cuya concepción, por otra parte será expuesta con detenimiento al tratar de la teoría del derecho sobre bienes inmateriales-, el derecho de

los creadores es un derecho "próximo al de propiedad", pues el sujeto tiene un señorío jurídico sobre el bien inmaterial considerado como una cosa. Las peculiaridades que indudablemente reviste este derecho tan especial, sin embargo, no contrastan "con el recurso al esquema de la propiedad". Pero la configuración de éstos derechos como "propiedades" no debe hacer olvidar la diferencia fundamental que existe entre las creaciones intelectuales y las cosas materiales ó energías, diferencia que es en la que se basa la teoría que considera estos derechos como integrantes de una categoría especial. - El recurso a la propiedad es admisible "intesa pero questa solo come diritto assoluto, patrimoniale, circolabile, il cui punto di riferimento è esterno al soggetto e che sorge in seguito a una sua peculiare fattispecie costitutiva, indipendentemente dagli ulteriori caratteri poi propri del concetto di proprietà quando riferito a cose materiali od energie"(104)

Muy análoga es la posición de GHIRON, al señalar que ha una íntima semejanza de estructura entre este derecho y los derechos reales sobre cosas corporales, por lo que "si può senz'altro ritornare alla concezione classica", tan conforme con las exigencias prácticas, el lenguaje de las convenciones internacionales y el uso común (105).

Por ello estos derechos pueden considerarse, no sólo como derechos reales, sino también como verdaderos derechos de propiedad, siempre que se tenga en cuenta la particular exigencia del objeto y las notas especiales que lo caracterizan. Y es que, como ha señalado ULMER, los progresos en el reconocimiento del derecho de autor no impiden que continuemos dándonos cuenta del significado de la teoría de la propiedad intelectual (106). A pesar de todas las diferencias que existen entre la propiedad y los derechos de los creadores, sin embargo la tesis de la propiedad es la que ha sabido expresar mejor que ninguna otra concepción dos notas fundamenta -

les en estos derechos: la de tratarse de poderes jurídicos - sobre un bien exterior y la de incluir como un elemento fundamental la relación de pertenencia de la obra al que la ha creado (107). Precisamente la crítica desencadenada contra la tesis de la propiedad viene de éstas dos direcciones: la que estima que estos derechos no pueden construirse como poderes jurídicos que recaen sobre un ente exterior, y la que considera que no pueden sustanciarse tampoco como manifestaciones de un señorío que incorpore la idea de la pertenencia de la obra a su autor. La primera es la dirección doctrinal que sostiene que estos derechos son simples monopolios y no pueden en absoluto configurarse como un señorío jurídico que recaer sobre la obra. Desde el otro punto de vista, se acusa a ésta doctrina de no apreciar el lado social de este derecho, la protección de intereses generales y sociales, los de la difusión de la cultura, los del progreso técnico, como valores fundamentales para la construcción de la tutela y limitarse a consagrar como esencial por encima de todo este valor individual de que la obra se manifiesta a sí misma como perteneciente a su creador. Y aquí es donde se encuentra, precisamente, al mismo tiempo, la debilidad y el secreto de la pervivencia de la doctrina de la propiedad. La debilidad, porque ofrece a los sectores indicados estos dos frentes fundamentales para la crítica. Su fortaleza en cambio, porque el que todavía pueda hablarse de esta interpretación doctrinal no se debe a otra cosa sino a que es la que expresa de un modo más gráfico estos dos elementos fundamentales, que son la configuración del derecho como un señorío sobre la obra y la proclamación de que ésta pertenece a su autor. Por eso puede hablar ROEBER de la "idea rediviva" de propiedad, que es una noción que vuelve a ser sostenida como lo demuestra la obra de ESMECKE, HUBMANN o LEHMAN (108). No basta con decir que - en cuanto surgió el concepto y la expresión de "derecho de autor" quedó arrinconada como una concepción inadmisibile la

de la propiedad. La resurrección de esta idea ilustra muy claramente la vitalidad y las posibilidades expresivas e instrumentales que ofrece, querámoslo ó no, la teoría del dominio.

TEORIA DEL DERECHO SOBRE BIENES INMATERIALES

Significado general de la doctrina de KOHLER del derecho sobre bienes inmateriales.

13.- Como una reacción contra la doctrina del derecho de propiedad, que técnicamente violentaba el concepto tradicional de dominio, pero al mismo tiempo corroborando su interpretación del fenómeno, surge la construcción dogmática del derecho sobre bienes inmateriales, elaborada por KOHLER.

En primer lugar, representa en efecto la repugnancia a admitir que el derecho de los creadores haya de conceptuarse como un verdadero derecho de propiedad. El dominio, en su construcción clásica, es sólo un poder jurídico referible a las cosas materiales. No es de este tipo el derecho del creador. Se trata de un derecho exclusivo sobre la obra considerada como un "bien inmaterial", económicamente valioso y, por consiguiente, de índole distinta que el derecho de propiedad, que recae sobre cosas materiales. Es preciso admitir una categoría nueva, junto a la propiedad: la del "derecho sobre bienes inmateriales" ("Immaterialgüterrecht") (109).

Pero si la categoría del derecho de propiedad no conviene a este tipo especial de poder jurídico, según KOHLER, sin embargo, la nueva conceptualización conserva una nota consustancial a la doctrina de la propiedad, que es la interpretación de éste poder jurídico como un señorío sobre un bien autónomo independiente del sujeto. Una de las finalidades que persigue la tesis de KOHLER es, en efecto, construir un tipo de objeto adecuado a la naturaleza especial de la protección que se dispensa al autor y al inventor, de tal modo que, lo mismo en el derecho de propiedad que en el derecho sobre bienes inmateriales

les, el derecho posee una referencia objetiva inmediata, si - bien la protección que otorga la propiedad es congruente con el tipo de objeto jurídico sobre el que recae, constituido por cosas materiales, por entidades físicas; mientras que la dis- pensada al autor ó al inventor corresponde al carácter inmaterial de las creaciones intelectuales (110). La propiedad implica la "pertenencia de un objeto a una persona" (111); presupone la contraposición de ese objeto al sujeto, como dos entidades separadas y su construcción como un poder jurídico que recae sobre esa entidad exterior. Esta es la idea que conserva la teoría de los bienes inmateriales, al interpretar el derecho de los creadores como el poder jurídico que une a un sujeto con ese objeto entitativo, de carácter inmaterial, que es la obra creada. Que el derecho no deba ser conceptuado como una verdadera propiedad no se debe a otra razón en definitiva que a la peculiaridad del objeto sobre el que recae; con lo que puede verse que la teoría de los bienes inmateriales en el fondo incurre en un planteamiento muy análogo a la doctrina del dominio, hasta el punto de que, por encima de sus innegables diferencias, haya podido decirse que la concepción de KOHLER perfecciona la teoría del derecho de propiedad (112). Y esta es precisamente la virtud de la doctrina del derecho sobre bienes inmateriales, tanto como su punto débil. Por una parte, asume la eficacia interpretativa de la tesis de la propiedad, en cuanto concibe el derecho de autor como el poder jurídico que recae sobre un objeto autónomo e incorpora así los ingredientes conceptuales que han hecho que la tesis de la propiedad subsista más allá de toda objeción. Por otro lado, en cambio, suscita la oposición de una serie de sectores doctrinales. En efecto, las construcciones unitarias del derecho de autor ven en ella el origen de ese dualismo teórico que ha fragmentado esta figura en dos tipos de derechos diferentes, uno de carácter patrimonial y otro de índole moral ó personal.

En este punto la posición de KOHLER es inequívoca: El derecho del que habla y que tipifica como un derecho sobre bienes inmateriales es únicamente y tan sólo el de carácter patrimonial - que posee el autor para la explotación económica de su obra. Junto al "Inmaterialgüterrecht", el creador posee un "Indivi-dualrecht", que no se incorporará al núcleo esencial del derecho de autor, sino que ha de ser considerado como una manifesta - ción concreta del derecho general de la personalidad. El que - ha de conocerse luego con la afortunada aunque impropia denomi - nación de "droit moral" no es un derecho que corresponda al - creador específicamente como autor; le es atribuido como hom - bre, si bien en la idea de KOHLER derecho de autor y derecho - individual no dejan de tener relaciones uno con otro (113). - Por su parte, el sector doctrinal que niega la posibilidad - científica de construir el derecho de los creadores como un po - der jurídico que recae sobre un objeto exterior, dirige a la - posición de KOHLER las mismas objeciones doctrinales que a la - tesis del derecho de propiedad, de la que señalarán que no es sino una versión remozada. Especialmente, la combaten los par - tidarios de interpretar las exclusivas de los creadores como un simple monopolio. También aquí KOHLER ha sido explícito al rechazar que el objeto de estos derechos sea una simple activi - dad, un "facere". La interpretación del derecho de los creado - res como un monopolio, no aporta nada a la comprensión de su - naturaleza. La expresión "monopolio" le parece una construc - ción artificial vacía de forma (114).

Ahora bien, las reflexiones de KOHLER significaron sin du - da una de las aportaciones técnicas más importantes para la - construcción e incluso para la comprensión jurídica de éstos - derechos (115) y ha pasado ya a constituirse en un patrimonio doctrinal común, no sin algunas rectificaciones (116).

Sin embargo, después de haber sido admitida en una u otra

versión como una de esas concepciones que logran simbolizar el progreso del conocimiento científico (117), está siendo hoy sometida a una crítica verdaderamente demoledora, de un lado, por parte de la actual doctrina alemana y de otro, por los partidarios de la reducción de la esencia de estos derechos a puros monopolios, tesis que ha renacido en Francia con ROUBIER y en Italia con FRANCESCHELLI, entre otros autores.

Finalmente, ha de recordarse que para KOHLER la de los derechos sobre bienes inmateriales es una categoría nueva - llamada a dar explicación al poder jurídico conferido al autor y al inventor, es decir a la protección de creaciones intelectuales propiamente dichas, que se constituyen ante el derecho como un bien inmaterial, económicamente valorable; pero en cambio no conviene en absoluto al derecho al uso de signos distintivos de carácter mercantil. El derecho al nombre y el derecho a la marca no son para KOHLER sino manifestaciones del derecho de la personalidad (118). El derecho de la personalidad es el fundamento del derecho al libre tráfico. Pero esa libertad económica ha de detenerse allí donde tiene sus fronteras la personalidad de los demás: El que se contiene dentro de esos límites no hace más que usar de su libertad. Pero la competencia económica, que es una lucha, no es sin embargo, una guerra "omnium contra omnes"; en ella está vedado usar cualquier medio por el que uno mismo se convierta en señor de otro, pues que la liza de la competencia no es un factor de poder, sino de economía. La victoria ha de obtenerse de modo que no se lesione la personalidad ajena mediante la deslealtad; de donde se deduce que la teoría de la competencia desleal está toda ella agrupada en la teoría del derecho de la personalidad (119). Y esto sucede cuando se habla de propiedad del nombre, de la marca ó del patrimonio, que no son sino expresiones alusivas a la existencia de ese derecho de la personalidad, que ha de ser defendido con-

tra las actuaciones desleales. De ahí que el derecho al nom -
bre y el derecho a la marca no sean otra cosa que un derecho
de personalidad.

En definitiva, no vió KOHLER en el signo distintivo un -
objeto jurídico autónomo, un "bien inmaterial", sino el ejer-
cicio de una actividad empresarial destinada a diferenciarse
de las empresas rivales. KOHLER tuvo en consideración para -
ello sin duda la estructura esencialmente equívoca del dere -
cho sobre signos, que estriba en que la verdadera creación es
piritual protegida no es susceptible de objetivación; y no se
avino a convertir en objeto jurídico el signo nudo, en cuanto
mera "expresión formal" reproducible, adoptando una posición
que ha mantenido también CARNELUTTI despues, desde un punto -
de vista propio.

La doctrina, en general, discrepa en este punto de la -
concepción de KOHLER.

El punto de partida de la teoría del derecho sobre bienes
inmateriales.

14.- La proposición de una categoría jurídica nueva, dife -
rente del derecho de propiedad, para calificar el derecho de -
los creadores no es la verdadera aportación de KOHLER ni sus
partidarios. Son muchas las posiciones a las que no complace -
la tesis del dominio y que, enfrentadas con la necesidad de in -
cluir estos derechos en las categorías tradicionales, entien -
den que es imposible servirse de ninguno de los tipos consagra -
dos, porque el derecho de los creadores, como respuesta del or -
denamiento jurídico a realidades no conocidas en otros esta -
dios de la cultura y de la organización social, reviste notas
peculiares que no resultan suficientemente expresadas ni por -

el concepto de propiedad, ni por el de derecho real ni por esa categoría de los derechos de la personalidad que ciertamente - no tienen bien definidos sus contornos. La afirmación de que - se está en presencia de una figura nueva, de un "quartum genus" de un derecho "sui generis" late en el fondo de todas las concepciones -y no solo en la que examinamos- ni se vé tampoco cómo es posible resolver el problema de su naturaleza jurídica si no es por ese camino de señalar que se trata de figuras inasimilables por el cuadro conceptual clásico.

Lo que verdaderamente define a la teoría del derecho sobre bienes inmateriales es ante todo la atención prestada a la caracterización y definición del objeto sobre el que estos derechos recaen. La teoría de los bienes inmateriales es la posición doctrinal que repara por primera vez en el objeto del derecho de los creadores, como un tema que precisa ser examinado separadamente. No será quizás exagerado decir que toda la posición sobre la naturaleza jurídica de estos institutos se reduce esencialmente a una cuestión de método. La doctrina de la propiedad no es otra cosa, si seguimos a ROEBER, que un método comparativo, que se sirve de metáforas para incorporar a un - sistema las diferencias y las analogías entre el poder jurídico dominical y el poder que se atribuye al autor y al inventor (120). Pero no sucede algo distinto con otras posiciones, como la que defiende la calificación de estas figuras como derechos de monopolio, que ha de ser reducida también a un método comparativo entre la función económica que corresponde a la figura del monopolio eliminador de la concurrencia y el contenido económico de las exclusivas del autor y del inventor. Por lo que se refiere a la teoría de un derecho sobre bienes inmateriales estriba de modo fundamental en el método consistente en redu-cir a sistema la comparación de dos clases de objetos jurídi-cos: las "cosas" sobre las que recae la propiedad y las "crea-

ciones intelectuales" que protege el derecho del autor y del inventor. Las cosas son entes materiales sobre los que puede organizarse un tipo de señorío que reviste una tonalidad casi física, manifestada en el hecho de la posesión, en la posibilidad de una apropiación excluyente de todo sujeto que no sea el titular. Por el contrario, las obras intelectuales oponen su inmaterialidad a cualquier género de protección que el derecho organice para asegurar su disfrute. Pero unas y otras son entes autónomos sobre los que se refleja un poder jurídico de disposición que, en cada caso, ha de atemperarse a las características propias del objeto. La aportación de KOHLER - consiste precisamente en ese reconocimiento de que el objeto jurídico es irreducible al sistema de las cosas materiales, si bien no ha podido liberarse de una concepción estática del derecho de los creadores.

Ahora bien, suele admitirse que una de las características fundamentales de esta posición consiste en separar y distinguir netamente, de un lado el objeto del derecho del creador ó del autor, y de otro la cosa material en que la creación ha encarnado: El objeto del derecho del autor no es el libro, el lienzo, la máquina inventada, en cuanto ejemplares individualizados de la respectiva creación intelectual ó industrial. Sobre cada uno de estos ejemplares materiales recae el derecho de propiedad ordinario, que puede ó no coincidir con el derecho de autor y que generalmente no coincide, pues el escritor que contrata la publicación de su libro con un editor, no es luego propietario de los ejemplares impresos; - que pasan a pertenecer a quienes los compran, los cuales a su vez no adquieren con cada libro la facultad de reproducirlo ó copiarlo, sino sólo la de disfrutarlo y usarlo en cuanto ejemplar material, en cuanto cosa (121).

Esta observación, que es exacta, no es sin embargo, a -

nuestro juicio, patrimonio exclusivo de la teoría de los "bienes inmateriales"; y como no lo es, no puede servir para caracterizarla ni para someterla luego a una consideración crítica. Hay posiciones que, por su sentido esencial, se nutren más intensamente que otras doctrinas de determinadas verdades, ó necesitan destacar más determinados hechos ó puntos de vista. Esto es lo que sucede en nuestro caso. La teoría de los "bienes inmateriales" necesita más que otras de esa verdad, - valga la expresión, y por eso la toma como un supuesto necesario de sus conclusiones: la verdad de que el objeto del derecho de autor no puede confundirse con la cosa material sobre la que recae el derecho de propiedad, es decir, con los ejemplares de la obra. Pero la teoría no consiste en establecer - esta verdad, ni siquiera la ha descubierto. (122).

Que, no obstante, esta posición la sitúa dentro del conjunto de sus aportaciones doctrinales, es evidente. Tomaremos tan solo como muestra significativa el pensamiento de uno de los más modernos y concienzudos expositores de la teoría de los "bienes inmateriales": Aloís TROLLER, en su obra fundamental "Immaterialgüterrecht". TROLLER, en el capítulo que destina a razonar el carácter espiritual ó intelectual de estos objetos jurídicos ("Die geistige Natur der Immaterialgüter", considerados "als Rechtsobjekts"), describe las notas y cualidades del bien protegido, para concluir su carácter "inmaterial" y se adelanta así a cualquier posible objeción a su tesis de la "inmaterialidad" del objeto: "Podría objetársele que es innecesariamente sutil separar la obra literaria del libro, la invención de la máquina". Pero esa separación es indispensable, no sólo desde un punto de vista teórico, para la comprensión del fenómeno que se estudia, sino también en la aplicación práctica del derecho, en que debe siempre resaltarse - "que la propiedad sobre un ejemplar de la obra no entierra ni lleva consigo el derecho de la obra intelectual" (123).

Con ello, pues, viene a decirse en cierto modo que, si se acepta esa distinción, se llega directamente a la teoría de los "bienes inmateriales", que únicamente dejarían de admitir quienes estimasen que el objeto del derecho de autor es el mismo ejemplar material de la obra que puede ser objeto de propiedad ordinaria. Como decimos, sin embargo, esta distinción es un presupuesto necesario para cualquiera que se acerque al fenómeno jurídico. Es un rasgo de la realidad que se capta en una primera ojeada y que no puede ser tomado por nadie como sutileza.

Es perfectamente posible admitir que el derecho de los creadores no tiene por objeto inmediato la obra intelectual, sino una actividad, un "facere", y sin embargo, no confundir en absoluto el derecho de autor con la propiedad de los ejemplares. Una muestra expresiva la proporciona FRANCESCHELLI al indicar que en el monopolio el derecho "no tiene por objeto los cigarrillos, la sal, los plátanos en sí", sino la posibilidad de importarlos, elaborarlos, fabricarlos ó venderlos (124). Se comprueba, pues, que no es preciso profesar la concepción de los "bienes inmateriales" para reconocer que "objeto del derecho de autor no es la cosa material en la que la obra toma cuerpo y se manifiesta" (125). El objeto no es la cosa material "en sí misma", según expresión de FRANCESCHELLI, en cuanto cosa. No es "el libro. es decir el volumen de páginas impresas" (126). Ahora bien, si esto es así, entonces la teoría de los "bienes inmateriales" debe contener otras afirmaciones y otros hallazgos y debe consistir en algo diferente de esa elemental distinción.

Vamos a proceder, pues, al estudio de esta teoría, no limitándonos a su formulación en KOHLER, sino tal y como ha sido recibida, ampliada y sistematizada por la doctrina posterior.

Caracterización de la doctrina examinada

1).- EL DERECHO DE LOS CREADORES SOBRE LA OBRA INTELECTUAL, COMO PODER JURIDICO SOBRE UN "QUID EXTERNUS".

15.- Esta es, a nuestro parecer, la primera afirmación de la teoría. El autor ó el inventor no poseen un derecho que se resuelva en una mera "posibilidad de hacer algo": explotar, re producir. Por el contrario, consiste en un poder jurídico peculiar sobre un "quid externus", constituido por la propia creación. El objeto jurídico aquí no es ninguno de los ejemplares, no está constituido por ninguna "cosa". Pero es un ente exterior al sujeto, una realidad objetiva, apta para que recaiga sobre ella inmediatamente un poder jurídico.

Las creaciones intelectuales "no se resuelven en meras - cualidades ó atributos de los otros entes, sino que constituyen entes en sí, perfectamente aislados de su fuente generadora ó de su medio material de representación ó comunicación. -
(127). Sobre ellos se organiza un poder jurídico que tiene como características fundamentales atribuir una facultad de goce de la creación intelectual, conferir un poder de exclusión de la generalidad de asociados, con el correlativo deber de abstención de todos ellos, y poner a disposición del titular ese bien sobre el que el derecho recae, sin que tenga que procurárselo a través de una actividad de terceros (128).

Se configura así un derecho de carácter absoluto sobre un bien exterior, en cuanto que otorga al titular el poder de excluir a los terceros del disfrute de la creación intelectual en todo aquello en que la ley no limite ese señorío mediante excepciones (129). Es que la creación intelectual, en cuanto se separa del sujeto y no se reduce sólo a un pensamiento, adquiere una individualidad propia y presenta la autonomía precisa para constituirse en objeto de relaciones jurídicas (130)

Y el derecho asegura los intereses del creador sobre ese objeto determinado, sometiénolo a su señorío jurídico (131). Este poder jurídico no dá lugar a un verdadero derecho dominical (STOLFI) (132). Es más apropiado llamarle "derecho sobre bienes inmateriales" (RUGGIERO) (133). Esta posición es mantenida por una serie de autores, como RAMELLA, PLANIOL, LUZZATTO, SORDELLI, de GREGORIO, di FRANCO, MESSINEO, ZAVALA, VALERI, etc.

CARNELUTTI indica que la propiedad y los otros derechos reales eran el único tipo de "derecho absoluto" conocido en la técnica jurídica romana; de ahí que nos encontramos acostumbrados a identificar estas dos expresiones: "derechos reales" y "derechos absolutos". El derecho de los creadores tiene la estructura del derecho absoluto, es decir, del derecho primario, no del derecho relativo, que es por lo que se nos aparece como una modificación, una variedad ó versión moderna, llevada a un tipo de objetos inmateriales, del viejo concepto de propiedad. Este es un tipo de derecho -continúa CARNELUTTI- que por su origen se llama derecho de autor; por su contenido derecho de exclusiva, por su objeto, derecho sobre la obra intelectual. Las tres denominaciones poseen una parte de verdad (134).

Es por otra parte, un tipo de derecho de contenido monopolístico, por su interferencia en el sistema de libertad económica, pero que hace compatible la exclusividad con el estímulo a la circulación de las obras y de los productos, poniendo a disposición de todos el contenido inmaterial que estos productos incorporan, a pesar de constituirse evidentemente en un límite al fenómeno concurrencial. En vez de enrarecer ó impedir la circulación de bienes, la favorece. Existe así una relación indudable entre la disciplina de los bienes inmateriales y la disciplina de la concurrencia, a decir de SORDE-

LLI, cuya compatibilidad y posibilidad de coexistir, como instituciones que se complementan y apoyan recíprocamente, es la obra de ASCARELLI (135). El derecho de que tratamos es una figura compleja que se refiere siempre a "resultados" y a "bienes inmateriales". El problema de este tipo de derecho es el de resolver la posibilidad de un señorío dominical sobre el bien, que sea compatible con el goce que todos los otros puedan hacer del contenido de esos mismos bienes. Esto es lo que logra precisamente el derecho sobre bienes inmateriales, y lo que le caracteriza de modo esencial es el hacer conciliables estas dos situaciones: de un lado, la difusión y el conocimiento de la idea incluida en el bien, a través de la circulación del "corpus mechanicum", con lo que las creaciones intelectuales, las obras de arte, las invenciones se encuentran a disposición de la generalidad, que puede disfrutarlas, contemplarlas ó utilizarlas plenamente sin ningún límite. Pero al mismo tiempo, el derecho proclama que el disfrute económico de ese bien corresponde exclusivamente al titular, mediante la atribución de un derecho absoluto. De aquí que el derecho exclusivo no implica una "rarefacción" del bien respecto a su existencia ó circulación, sino que representa sólo un tipo esencial de goce para el titular del derecho, sin que la exclusividad implique sustracción del bien en el mercado, pues antes al contrario se transforma en un estímulo para aumentar su circulación. De todo ello se deriva que la estructura concurrencial no se vé turbada por las exclusivas sobre bienes inmateriales (136).

A juicio de GRECO, el derecho sobre bienes inmateriales es un verdadero derecho real, lo que se desprende de su tesis de que la inmaterialidad del objeto es compatible con el carácter, no sólo absoluto, sino real del derecho (137). Para TROLLER, por su parte, el derecho sobre bienes inmateriales, es un derecho exclusivo que concede el poder al titular para prohibir a los terceros cierto disfrute de un bien inmaterial, en

todo aquéllo que la ley no limite este señorío. Es, pues, inherente al concepto de derecho sobre bien inmaterial es de su complemento mediante una verdadera tipología, ya que la utilización de las obras de literatura y arte no puede ser la misma que la de las invenciones ó la de las marcas. El contenido del derecho está representado de un modo fundamental por la tutela de los intereses materiales, pues los intereses ideales se contemplan solo de un modo parcial. Según TROLLER, el derecho sobre bienes inmateriales se caracteriza por tres notas esenciales, es a saber: es un derecho absoluto, en los términos que ya han sido expresados por la generalidad de la doctrina; en segundo lugar, implica un "ius prohibendi" ("Verbotsrecht"); finalmente es un derecho unitario. Ninguna otra indicación será preciso añadir con respecto al carácter absoluto de estos derechos. En cuanto a su índole especial de ser derechos de exclusión, derechos que se reflejan en una prohibición frente a los terceros, es de notar cómo TROLLER ya indica que el aspecto positivo de este derecho, es decir las facultades correspondientes al disfrute del bien inmaterial, son una consecuencia del derecho de prohibición; pero esto no es una circunstancia distinta ó específica en este caso, pues también ocurre con la propiedad, en que el derecho no incorpora propiamente de un modo directo la facultad de goce y disfrute de la cosa corporal, sino el efecto impediante de ese mismo disfrute para todo tercero(138). Finalmente, el derecho sobre bienes inmateriales es un derecho absoluto de carácter unitario. Ante todo ha de apreciarse que las posibilidades de disfrute del bien inmaterial dependen de un modo directo de la distinta naturaleza de cada una de las categorías de que los bienes inmateriales se componen, Pero por encima de esas diferencias y de esas modalidades, en todos los casos el titular tiene un poder, un señorío propio sobre el bien inmaterial. La variedad de usos, de aplicaciones, de modalidades de disfrute, etc. no puede hacer perder

por tanto de vista esta idea fundamental de que el derecho de que se trata comprende siempre y únicamente al bien inmaterial, con respecto al cual establece una forma de señorío, que es en su esencia unitaria aunque después se traduzca en una serie de manifestaciones diversas según la naturaleza y según el disfrute a que se preste el bien inmaterial (139).

Se subraya también, finalmente, el carácter transmisible del derecho, "inter vivos" y "mortis causa", pudiendo el bien inmaterial ser objeto de un derecho real de garantía y también de expropiación (140). Aparte de su transmisibilidad general, que es el principio en que se apoya la disciplina de estos derechos, el bien inmaterial puede ser utilizado por otro que no sea el titular de un modo limitado cronológica, cuantitativa ó territorialmente, excluyendo ó no una utilización simultánea del titular del derecho. Es todo el problema de las "licencias" (141).

2). NATURALEZA INMATERIAL DEL OBJETO JURIDICO.

16. Configurado así el derecho por su transitividad, por su recaer en un "quid externus" autónomo, sobre el que se refleja un señorío jurídico inmediato, la teoría se ocupa de puntualizar el carácter del objeto de ese derecho peculiarísimo. La tesis se concreta en estas palabras; no es una cosa; es un "bien inmaterial".

Naturalmente la afirmación parte ante todo de la distinción necesaria entre el derecho de que es susceptible el ejemplar material de una creación y el derecho del creador sobre la creación misma. Se trata de dos regímenes diferentes. Cuando la creación se manifiesta y expresa en una cosa material -el libro, la serie de sonidos, el conjunto de trazos y colores-, surgen, de un lado, la disciplina de los ejemplares; de

otro, la disciplina de la creación. El régimen jurídico de los ejemplares se centra en el derecho de propiedad. El de las creaciones, en el derecho sobre bienes inmateriales; y una y otra no pueden confundirse (142).

La primera cuestión que suscita este distingo necesario - entre uno y otro régimen de derechos es la determinación del - objeto jurídico del derecho del creador. Planteado el problema en éstos términos, la contestación sólo puede ser una: el objeto del derecho del creador es la creación misma, la obra intelectual. Ahora bien, sentada ésta afirmación, hay que puntualizar la naturaleza misma de esa creación intelectual y al pretenderlo, la doctrina deriva hacia un tema que rebasa toda ontología jurídica: el de precisar qué es una creación intelectual, una obra de arte ó una invención, en cuanto productos - del espíritu humano, en cuanto entes inmateriales. A nuestro - juicio, este planteamiento es el que conduce a esa zona de disquisición metajurídica en la que ha terminado por debatirse la teoría del derecho sobre bienes inmateriales.

¿ Qué es una creación intelectual en cuanto ente inmaterial ?. Este es el tema en el que ha podido transformarse la - preocupación por investigar el objeto jurídico del derecho de los creadores. En su contestación, la teoría ha recorrido una serie de etapas. La primera es la de la pura inmaterialidad - del objeto, determinación en la que nos movemos aún dentro de la concepción de KOHLER. La creación intelectual no es una cosa, no es nada que pueda tocarse ó percibirse, aunque se manifieste en cosas perceptibles que la representan. La creación - intelectual no es un cuerpo ó un "quid" físico. Lo que le caracteriza es su índole inmaterial.

Es-ta primera determinación tan general invita fácilmente a servirse de la clásica dicotomía romana: todas las cosas son

"corporales" ó "incorporales". La concepción romanista es contraria a extender el concepto de "cosa" más allá de las porciones de la realidad que caen bajo el dominio de los sentidos, porque no merecen esta concepción las que solo existen en nuestro pensamiento. Sólo por un impulso filosófico se encuentra la distinción en las "Instituta" de GAYO (143) y luego en el "Corpus iuris". Pero el significado de la distinción no es estrictamente el de contraponer dos tipos diferentes de cosas, unas tangibles y otras "quae intelleguntur" -en la frase de Cicerón (144) sino el de enfrentar cosas "quae tangi possunt" con aquéllas "quae in iure consistunt"; es decir, distinguir entre "cosas" y "derechos" (145).

De todos modos, nada impediría acogerse a la clasificación romanista. En efecto, la disciplina de los ejemplares, basada en el derecho de propiedad, contemplaría como objeto la cosa material en que la creación ha plasmado; la disciplina de las creaciones intelectuales adoptaría, en cambio, como objeto la creación misma, en cuanto entidad sólo susceptible de conocimiento por abstracción. Este parecería ser el planteamiento del problema del objeto reducido en sus determinaciones a la nota general de su inmaterialidad.

Pero la investigación jurídica de la naturaleza de ese "bien inmaterial" que es la creación no se ha reducido a esas notas generales, sino que aspira a otros hallazgos. Nos pone en camino de precisarlos la función meramente notificativa que se subraya como propia de la cosa material en que se expresa la creación. La creación intelectual, no es sólo una abstracción, una de esas cosas "quae intelleguntur"; es "ese algo" - que se encarna en cosas materiales. Los sonidos, los trazos, los cuerpos, la materia en general, sólo son signos exteriores que nos permiten conocer ese "quid": los "puentes sensibles" ("sinnliche Brücke"), que conducen de la creación intelectual a su vivencia, de la invención a su conocimiento, del símbolo

empresarial a su eficacia psicológica, en frase de TROLLER.
(145).

La concepción ya no sólo no necesita servirse de la clasificación romanista, sino que la repudia como instrumento interpretativo de la esencia de estos objetos jurídicos. Los bienes inmateriales -dirá TROLLER- no son equiparables a las "res incorpóreas" del derecho romano -derechos y "universitates"-, pues detrás de éstas se encuentran inmediatamente cosas corporales ó que les són equivalentes, como el dinero ó determinadas prestaciones. Las cosas incorpóreas, como síntesis conceptual de cosas ó expresión de derechos, "han llegado a ser incorpóreas únicamente gracias a la abstracción jurídica". Es a los bienes inmateriales, en sus diversas especies, a los que conviene en cambio ese nombre de un modo pleno y total, en cuanto que corresponde a su esencia ser independientes del tiempo y del espacio (147)bis).

Se aprecia entonces la peculiar función que realiza la materia, puesta en relación con el ser mismo de la creación intelectual: la de ser simplemente su manifestación carnal, su exteriorización física, que le es indispensable para aparecer, pero de la que se sirve como simple dato notificante. A este respecto, las determinaciones más precisas son las de ASCARELLI. En la creación intelectual han de apreciarse constantemente, según ASCARELLI, dos aspectos: de un lado, ninguna creación intelectual puede ser percibida, sino a través de su exteriorización material en una cosa ó una energía, aunque sólo sea la energía sonora de la palabra; de otro, la creación intelectual no se identifica nunca con ninguna de sus exteriorizaciones materiales, sino que las trasciende siempre. "Al ejemplar único ó a los cien mil ejemplares de la novela, siempre se contrapone la novela, como creación intelectual: a las cien mil etiquetas que reproducen la marca, siempre se contrapone

la marca; a las cien mil máquinas de un cierto tipo en las que se actúa la invención, siempre se contrapone la invención de la máquina, como creación intelectual" (148). La materia ó la energía en que la creación encarna no son, pues, sino "vehículos de su exteriorización", no identificables de ningún modo con la creación misma, que es por lo que la creación puede exteriorizarse en cualquier número de cosas, sin dejar por eso de permanecer idéntica (149).

La creación intelectual, aunque se manifieste a través de cosas materiales, "puede tener existencia independiente del medio material que la transmite y la hace perceptible a otros". (150). Por eso, "si una obra literaria está encerrada únicamente en un manuscrito ó en varios miles de tomos, nada hace cambiar en su existencia. Del mismo modo, nada gana el invento, en cuanto regla técnica, por la construcción de máquinas y nada pierde con su destrucción" (151)

Es cierto que la exteriorización material, además de hacer reconocible la creación, la convierte en objeto jurídico. No sólo el disfrute económico de los bienes inmateriales, sino su mismo goce espiritual y el conocimiento de la creación misma no se concebirían sin la interposición de un medio sensible (152).

Los elementos materiales "hacen externa" la creación intelectual, convirtiéndola, de un "quid in mente tetentum" en una realidad perceptible por los sentidos (153).

Este "Quid" -ASCARELLI- no es localizable en el espacio, ni en el tiempo; no es mensurable ni destruible.

Lo que caracteriza de un modo esencial a estos bienes es su posibilidad de ser percibidos a voluntad, sin ninguna vinculación de tiempo ni espacio, por un número indefinido de sujetos, sin que se altere su esencia. Los bienes inmateriales no

se reducen a meras manifestaciones corporales; únicamente se sirven de ellas para ser percibidos. Los elementos materiales (tonos, notas, colores, líneas, planos, cuerpos, etc.), son - tan solo los vehículos comunicativos ("Mitteilungsträger"), - que nos permiten reconocer el bien inmaterial. Incluso su percepción, por exigencias de nuestra limitación misma, es parcial y fragmentaria, exige el transcurso del tiempo para el - disfrute de la melodía ó la obra intelectual completa, que sólo aprehendemos por un proceso intelectual. Pero el bien inmaterial en sí mismo es independiente del tiempo y del espacio y por ello puede dar lugar a un uso repetible a voluntad, simultáneamente en diversos tiempos, en diferentes espacios y en un número indefinido de percepciones. Se trata, pues, de - valores intelectuales comunicables mediante signos sensibles. La obra literaria ó artística puede ser disfrutada como idén-tica en un número indefinido de ejemplares. Una determinada - invención, como regla técnica, puede servir en cualquier país para la producción ilimitada de un producto ó para la ejecu-ción de una actividad. Del mismo modo, la virtud distintiva de los signos mercantiles se conserva y fortalece mediante su uso. Estas son las características propias del "bien inmate-rial" según TROLLER. (154).

Y esto es precisamente lo que diferencia una y otra disciplinas: la disciplina del disfrute de las cosas materiales y la disciplina de los bienes inmateriales mismos. La disci-plina de las cosas materiales parte de la imposibilidad de su disfrute múltiple e impone por ello su reparto; la de las - creaciones intelectuales ha de contar con que son susceptibles de un goce simultáneo por parte de un número indefinido de sujetos a la vez (155).

Hay que distinguir, pues, entre el "corpus mechanicum", mero vehículo sensible de la creación, y el "corpus mysticum"

como entidad que trasciende de toda ejemplarización. Cualesquiera que sean las posibilidades que ofrezca la técnica de multiplicación, ésta solo puede afectar al soporte físico, que es lo único que cambia, pero no a la esencia misma de la obra. Entre uno y otra existe una evidente relación, pero no se confunden nunca. En algunos casos, esa separación puede parecer incierta: así, en la hipótesis en que se lleva a cabo el embargo del "soporte material de la creación -la incautación, por ejemplo, de toda una tirada de ejemplares- para paralizar los derechos emanados de la obra intelectual". Pero los efectos que se producen en relación con el ejercicio de tales derechos son "una pura consecuencia de hecho" de la vinculación contingente que existe entre "corpus mysticum" y "corpus mechanicum" como lo prueba el que si se imprimen otras copias no embargadas, pueden vincular libremente (156).

Llega a ponderarse con todas estas indicaciones, como se ha visto, algo más que la mera inmaterialidad de ese "quid", describiéndolo como un ente dotado de esencia y notas propias, cuya comprensión forma el tema de apreciaciones pertenecientes a la estética ó a la filosofía, pero no al derecho (157). La expresión más acabada de ésta orientación la proporciona CARNE LUTTI, para el que el concepto de "bien inmaterial" no puede obtenerse por la mera contraposición entre lo "material" y lo "incorpóreo", sino entre lo "material" y lo "personal". Hay algo que ocupa una zona intermedia entre ambas categorías: que no es material, porque no proviene de la naturaleza, ni es personal, porque no es el hombre; "a este algo puede convenirle el concepto de inmaterialidad" (158). Cual sea, pues, el objeto del derecho de los creadores, todos lo sabemos. "No es, por ejemplo, el libro, es decir, el volumen de páginas impresas; sino eso que hay dentro" (159). La creación intelectual es "un ente de espacio ilimitado", que participa de las notas de inconfundibilidad e identidad que caracterizan al hombre como -

esencia espiritual. La obra intelectual es espíritu materialmente encarnado. Por su mediación, el espíritu toma cuerpo en la materia y la materia adquiere su forma propia. "Tomar forma la materia y tomar cuerpo el espíritu son una misma cosa" (160).

Se ha traspasado, pues, el sentido romanista de la "in - corporalidad" como simple ideación abstracta, como instrumento de construcción jurídica, y ya la teoría está usando la no - ción de bienes inmateriales"... en el sentido de verdaderos y propios bienes espirituales". (161).

3). LA DELIMITACION ONTOLOGICA DEL "BIEN INMATERIAL":
TEORIA DE LA "FORMA INTERNA" Y DE LA "FORMA EXTERNA".

17.- La doctrina, con el deseo de llevar a cabo una clara separación entre el "corpus mechanicum" y el corpus mysticum" ha llegado a extremar el carácter entitativamente autónomo de la creación con respecto a cualquier de sus materializaciones posibles, distinguiendo analíticamente entre la creación en cuanto a ente ideal, y su manifestación concreta. El error más frecuente al respecto es considerar las creaciones intelectuales como ideas, pensamientos, concepciones que además han llegado a plasmarse en una materia determinada. Parecería como si una obra literaria fuese algo sin necesidad de concretarse en ese manuscrito original, que cumpliría sólo la función de hacerla perceptible como eso que ella es ya antes de haber sido escrita. La teoría de las "formas" a que ahora nos referiremos hace ver en mucha parte que esa concepción es equivocada y viene a cumplir al mismo tiempo la función de de limitar el "bien inmaterial" protegido.

En efecto, toda creación intelectual -se dice- se mani -fiesta en una "forma exterior" determinada; la apariencia con

creta de este libro, de esta estatua, de este cuadro, tal y como salieron de manos de su autor; la indicación particular de estas prescripciones, conforme hubo de enunciarlas el inventor. Pero así como la creación no se vincula, según ya sabemos, a ninguno de sus ejemplares materiales, tampoco se agota en la "forma exterior" que asume. Más allá de los cien mil ejemplares de un libro, subsiste idéntica la obra literaria trascendiéndolos a todos ellos. Pues bien, del mismo modo, por encima de cualquier apariencia ó forma exterior posible que la obra reciba, la obra se reconoce como idéntica, de tal modo que la creación trasciende también de todas sus "formas externas" posibles.

Es fácil aceptar que la obra no puede confundirse con sus elementos materiales; pero asimismo es necesario darse cuenta de que la obra tampoco es confundible con la forma que ha sido elegida por el autor para comunicarla -señala- TROLLER-. La forma dada por el autor a la obra es la más perfecta que puede tener; pero no es la única posible. La traducción, la adaptación, su transformación en una pieza escénica, etc., demuestran que la creación intelectual no resulta vinculada a una forma concreta y que su apariencia exterior puede cambiar, sin que la obra esencialmente se altere (162). De aquí se deduce que en la expresión formal exterior de la obra intelectual hay siempre algo fungible, cuya sustitución ó alteración no afecta al núcleo esencial de la expresión, que permanece invariable. Es preciso, por tanto, distinguir en la obra la "forma externa" ("äussere Form") y la "forma interna" ("innere Form"), ambas constitutivas de lo distintivo y peculiar, de lo que presta individualidad y significación a una creación intelectual. Al lado de éstos dos conceptos habría que mencionar aún los de "contenido" ("Inhalt"), y "medios de expresión" ("Mitteilungsmitteln" (163).

La teoría de las "formas" presupone que el autor extrae los materiales para crear su obra de un acervo común de experiencias, observaciones, conocimientos ó ideas sobre la belleza, la utilidad ó la verdad, que son lo que constituirían sus temas argumentales, sus ingredientes materiales: el contenido de la creación. El contenido en sí mismo no sería protegible, porque está integrado por materiales extraídos de una cantera común. Para que la obra sea tutelada, todos éstos ingredientes han de recibir la impronta de un espíritu creador, que deje en ellos marcada su individualidad, lo que realiza reelaborándolos en una íntima estructura que es a lo que podemos llamar la "forma interna", es decir, ese modo específico de agrupar, asociar, contrastar las ideas ó los conceptos sustanciales de un modo original, en que la obra protegida aparece delimitada y contorneada en sus rasgos esenciales, de modo que su identificación ya es posible como una composición hechura del espíritu (164). Pero esta forma interna queda a su vez fijada en una estructura expresiva más concreta y determinada, que es perceptible por los sentidos, directamente aprehensible por los terceros, y que puede denominarse la "forma externa" con que definitivamente la da a luz el autor, proporcionándole la envoltura material que le es precisa. Para conseguirlo, el autor ha utilizado en forma personal unos "medios expresivos" que, lo mismo que el contenido material, vuelven a estar a la disposición de todos: palabras, sonidos, tonos, cuerpos, colores.

En resumen, el contenido de la obra lo extrae el autor de una cantera común y por ello no aduce ningún sello personal ni es protegible; los "medios expresivos" están igualmente a la disposición de todos; y lo que constituye el objeto tutelado, es decir, la obra misma, es la forma que resulta de tratar con los medios expresivos el contenido, la que se proyecta al exterior desde un núcleo íntimo ("forma interna"), y se manifiesta al exterior en una apariencia sensible determinada ("forma -

externa") (165).

Con la teoría de las "formas" se plantea, pues, la cuestión de la identificación de la "idea" que se dice que constituye el objeto inmaterial del derecho subjetivo y se plantea con alcance general, para todos los tipos de creaciones y no sólo para las obras literarias ó para las creaciones artísticas (166).

La construcción puede ser útil, aunque sobre ella han de hacerse algunas indicaciones más adelante. De todos modos, demuestra que la creación intelectual no es una idea que después se materializa, como viene diciéndose.

4). LA DELIMITACION DEL "BIEN INMATERIAL" COMO VALOR ECONOMICO.

18.- Afirma la doctrina del derecho sobre bienes inmateriales, como sabemos ya, que la creación intelectual es inmaterial, incorpórea; pero también subraya que no se convierte en objeto de derecho sino en tanto en cuanto se transforma en objeto de la percepción sensible. En efecto, la creación, para ser protegida por un derecho distinto del que protege la propia persona, ha de hacerse externa mediante su encarnación en una materia ó en una energía determinada (167); ha de concretarse en una representación perceptible sensiblemente (168); ha de transformarse en una cosa (169). En cuanto ello ocurre, deja de ser un bien íntimo, interior al sujeto ("quid in mente retentum"), para rebasar el mundo personal del creador y adquirir individualidad propia. A partir de este momento aparece su valor económico, que está representado por la posibilidad de un disfrute general de la creación, a través del disfrute de las cosas materiales que la ejemplarizan. Y esta posibilidad -

de un disfrute general de la creación, compatible con la de - que se reserve a uno solo, al creador mismo, la utilidad económica que la creación representa, considerada como fuente de ganancias futuras, es la que convierte al bien inmaterial en un valor económico estimable, sobre el cual puede configurarse un derecho determinado. El valor de la creación intelectual como bien se deriva, pues, de esa doble faceta de su "utilidad": la del disfrute, la contemplación, la utilización de la creación misma por parte de todos y la de la atribución a un solo titular de los resultados económicos que se deriven de la transformación de la creación en una fuente de ganancias. De este modo el "bien inmaterial" reúne, de un lado, la nota de individualidad precisa para que pueda conceptuársela como un "bien" propiamente dicho; en segundo término, presenta la nota de "utilidad" sin la que ningún ente puede adquirir el carácter ni ser sometido al tratamiento de un "bien"; y por último, también ofrece otro rasgo esencial de los bienes económicos, que es su "rareza", es decir, la circunstancia de que existan en cantidad insuficiente para la satisfacción de las necesidades de todos los que apetecen servirse de ellos, que es una nota característica del bien económico en general (170) De aquí que, "a diferencia de las cosas materiales, para las que el fenómeno del valor se daría igualmente sin intervención del ordenamiento jurídico y sobre la única base de la rareza de la cosa y del poder de hecho ejercido sobre ella por el poseedor", en cambio, el valor económico de la creación se presenta esencialmente condicionado a "aquella forma de protección jurídica que consiste en la garantía del goce, ó de un cierto goce, a favor de un sujeto y en la exclusión de los otros". - (171).

5). LA DELIMITACION JURIDICA DEL "BIEN INMATERIAL": EL PRINCIPIO DEL "NUMERUS CLAUSUS".

19.- Las distintas versiones de la teoría del derecho sobre "bienes inmateriales" difieren entre sí, aparte de otros aspectos, en la amplitud y extensión que cada una atribuya al concepto de "bien inmaterial". Precisamente esa falta de delimitación, esa amplificación extraordinaria del concepto es uno de los defectos y de los puntos débiles fundamentales de la teoría. Para algunos, bienes inmateriales son incluso los derechos, los oficios, los servicios, etc. etc., de tal forma que no pueden identificarse en la doctrina los términos "bien inmaterial" y "creación intelectual". La doctrina necesita acotar de toda esa extensísima gama de entidades ideales, de abstracciones, bienes incorpóreos, creaciones intelectuales, etc., - que nutren el concepto de "bien inmaterial", un sector determinado que es el que ha de tener significado jurídico. A ésta necesidad responde la doctrina con la teoría de la delimitación legal de los bienes inmateriales con arreglo al principio del "numerus clausus". No basta con que un objeto sea "bien inmaterial" desde un punto de vista ontológico; tampoco es suficiente que posea económicamente un valor, que aparezca como un bien realmente apetecible; es preciso además que se encuentra taxativamente incluido entre los tipos que menciona la ley, - pues no cabe la existencia de un derecho absoluto sobre bien inmaterial que no se encuentre perfecta y precisamente determinado en el ordenamiento jurídico positivo. La alusión al principio del "numerus clausus" pertenece, como es sabido, al campo de los derechos absolutos de carácter real. En ellos se plantea la alternativa entre una estructura libre de los derechos ("numerus apertus") y su configuración en una estructura típica ("numerus clausus"). La tipificación de los derechos supone, en primer término, que no se ofrece ante las partes interesadas un repertorio libre de figuras que puedan ser constituidas con las modalidades, facultades y contenido que los interesados prefieran imprimirles, sino una lista tasada de tipos -

pos, de los que no es posible apartarse y que no puede ser ni ampliada ni modificada, En segundo término, supone también - que la voluntad privada no tiene por sí sola virtud suficiente para introducir en el tráfico jurídico, con oponibilidad - "erga omnes", un derecho real determinado, sino que su aparición ha de ir acompañada de la realización de los actos ó del cumplimiento de las formalidades concretamente determinados - por el ordenamiento jurídico. Y finalmente significa que cada tipo de derecho real no puede constituirse sino sobre aquellos bienes que de modo taxativo señala la ley. Esta serie de conceptos implicados en la terminología del "numerus clausus" se traduce, al ser utilizados por la doctrina que examinamos ahora, fundamentalmente en la indicación de que también el de los bienes inmateriales es un derecho regido por el principio de su reconocimiento taxativo en la ley; que no existen otros bienes inmateriales protegibles que aquéllos que de un modo preciso y concreto enuncia el legislador y ha querido proteger.

El ordenamiento jurídico selecciona, como objetos de tutela, sólo unas cuantas categorías determinadas, y deja todas - las demás al libre disfrute general (172). La razón de este - criterio limitativo está, según la doctrina, en lo gravemente que afecta a la libertad de uso y destino de los bienes de todos los ciudadanos esa restricción que significa la exclusiva del creador ó del autor. Los derechos absolutos sobre las creaciones intelectuales limitan de tal modo el ejercicio de la actividad de los terceros, que ello "impide un reconocimiento general del derecho absoluto para cualquier creación intelectual. Este derecho viene reconocido sólo con respecto a determinados tipos de creaciones intelectuales" (173).

A su vez, el fundamento de que se protejan las creaciones intelectuales incluidas en la lista legal es que en esos casos el reconocimiento del derecho absoluto resulta necesario para el progreso cultural ó económico, mientras que un reconocimien

to ilimitado y general de este derecho sobre toda clase de creaciones y bienes inmateriales terminaría por resolverse en un - grave obstáculo al progreso, que se desarrolla precisamente gracias a la posibilidad que cada uno tiene de aprovecharse de los resultados obtenidos por los demás (174).

Ahora bien, una vez sentado que sólo los que la ley determina pueden considerarse como bienes inmateriales protegibles, la teoría, sin embargo, hace observar que el criterio legal no es inmutable; cambia con el paso del tiempo, con la aparición de técnicas nuevas, incluso con la manifestación de intereses económicos antes no conocidos ó no estimados por la sociedad. El desarrollo de la técnica y la aparición de medios que antes no existían puede originar la ampliación del repertorio tasado de "bienes inmateriales" incluyendo como protegibles creaciones - que antes no lo estaban. Lo que es de esencia de la institución es en cambio que no se consagre de modo directo el reconocimiento de un derecho absoluto con carácter general sobre cualquier tipo de creaciones (175). Esto mismo es lo que origina que en ocasiones la mera creación no sea suficiente para que surja el derecho absoluto, sino que se imponga la realización de actos y formalidades sin las que el derecho no puede ejercitarse en su plenitud. Estos actos, requisitos y formalidades son diferentes según la categoría de creación intelectual de que se trate y variarán de un modo primordial en las obras intelectuales y artísticas, en las creaciones industriales y en los signos distintivos puesto que cada una de éstas categorías tiene su régimen - propio; pero en definitiva constituyen una manifestación de ese principio del "numerus clausus", que regula todo el régimen de protección de los bienes inmateriales.

En definitiva, el principio del "numerus clausus" se convierte dentro de la teoría, en la explicación de que no todos los bienes inmateriales, a pesar de su aparente idéntica natu-

raleza, sean tutelados por la ley: y conduce a una tipología de las creaciones, en la que cada grupo tiene su régimen propio y sus normas especiales.

Con tales determinaciones, la teoría estima haber conseguido conciliar la exigencia científica de la unidad, con la experiencia de la multiplicidad y diversidad de las creaciones intelectuales; también esa diversidad se reduciría a unidad en su sistema orgánico, mediante la teoría de los "tipos de bienes inmateriales", que constituye una solución complementaria e integradora.

Este interesante empeño integrador, que evidentemente ha producido sus frutos beneficiosos, sin embargo adolece de la falta de un verdadero concepto del bien inmaterial, pues no puede decirse que bienes inmateriales sean todos aquéllos que no consisten en cuerpos, todos aquéllos valores económicos constituidos por ideas, concepciones, pensamientos, ni cualquiera otra de las muchas fórmulas, demasiado genéricas e indeterminadas, que suelen utilizarse para su definición. Para que la formulación del principio del "numerus clausus" y la indicación de la estructura típica de la disciplina de las creaciones intelectuales tuviese un efectivo valor en el sentido que se desea, debería partirse antes que todo de un concepto jurídico previo, que es lo que no nos ofrece la doctrina.

La reciente ofensiva doctrinal contra la teoría del derecho sobre bienes inmateriales.

20.- Hemos indicado ya que la teoría del derecho sobre bienes inmateriales, que parecía haber ganado el asenso general como aportación científica a una revisión y a una crítica verdaderamente fundamentales, formulada principalmente por los partidarios de la teoría de los "derechos de monopolio".

Se ha dicho de ella que carece de finura y de profundidad

de análisis (176) que es una bella y simple construcción, pero formada de metáforas no siempre inócuas (177) que no es más que una generalización verbal para expresar derechos parciales (178). CASANOVA insiste en lo perjudicial que resulta introducir en el derecho ideas filosóficas como las que maneja la teoría del derecho sobre bienes inmateriales, y niega además la licitud de esa especie de dosificación del espíritu que se observa en la doctrina, siendo así que el espíritu no es cosa, sino acto. No hay aquí una entidad objetiva; siempre que se habla de ella debería hablarse de acto del espíritu y no de una cosa inmaterial. La teoría del derecho sobre bienes inmateriales impone una concepción fantásticamente transcendental de la realidad, al modo platónico, que resulta inadmisibles (179).

No es preciso, no obstante, llegar hasta nuestros días para ver discutida e impugnada esta concepción del derecho sobre bienes inmateriales. Ya Ernesto ROGUIN había formulado objeciones importantes a la teoría, que podrían resumirse en tres indicaciones esenciales: En primer término, que esta teoría recurre innecesariamente a la categoría de "bien inmaterial", para explicar la naturaleza de la "cosa" sobre la que se dice que el derecho recae. La construcción de un "bien inmaterial" no es apropiada. Lo que sucede es que el derecho se refiere a "toda una categoría de cosas", y consiste en impedir a los demás que fabriquen "objetos semejantes ó análogos" al autorizado al titular. En segundo lugar, la afirmación de la teoría de que el objeto jurídico es una cosa inmaterial representa una manifiesta contradicción. "El derecho no puede regir directamente una cosa inmaterial". Para la ley el fenómeno puramente psíquico -el pensamiento, la idea- carece de relevancia. Cuando la tiene es porque se ha exteriorizado en una materia, lo que demuestra que el derecho no recae en modo alguno sobre cosas inmateriales. Naturalmente que lo que trata de protegerse no son

cosas materiales, sino producciones del espíritu y éstas son independientes de su envoltura material; pero si ese es el fin de la protección, no es en cambio el medio empleado: no es posible que haga el derecho una referencia directa a los productos espirituales en cuanto tales. La ley tiene aquí que dar un rodeo y dirigirse a los medios de expresión, "suspendiendo la actividad imitadora de los demás, es decir, prohibiendo un acto perceptible por los sentidos". La teoría, pues, confunde el fin perseguido por la ley con el medio empleado. En tercer lugar, a decir de ROGUIN, la teoría no se ocupa, como sería preciso, de dar un concepto completo y determinado de "bien inmaterial" (180).

Es interesante también anotar la posición crítica manifestada contra la teoría del derecho sobre bienes inmateriales - por ROUBIER. A su juicio, la concepción de los "bienes inmateriales" incurre en el grave error inicial de no concretar suficientemente sus nociones básicas; pero esto aparte, la expresión misma "derecho sobre bienes inmateriales" deja sin determinar cuál es el contenido del derecho, es decir, se abstiene de calificarlo y catalogarlo, porque incluye como único dato - el de la naturaleza del objeto.

A decir de ROUBIER, "la teoría de KOHLER ha podido explicarse en el pasado, porque los jurisconsultos tomaban contacto por primera vez con estos bienes inmateriales que se llaman - una invención, una obra de arte"; impresionados por la especial naturaleza de los objetos a proteger, han podido creer que el derecho se definía solo con incluir una referencia a la inmaterialidad del valor tutelado. Pero hoy, que la protección de tal clase de bienes nos es familiar, esa referencia objetiva, por sí misma, no nos dice nada ni es suficiente para descubrirnos la clase de relación jurídica que encierra. Esta posición se presenta, por tanto, como una concepción poco precisa, poco expresiva y poco técnica. (181).

Pero nos interesa referirnos de un modo especial a la crítica formulada por un autor que ha querido poner de manifiesto de un modo sistemático todos los fallos y todos los puntos débiles de la teoría. Nos referimos a la obra de FRANCESCHELLI. La crítica de FRANCESCHELLI es una verdadera diatriba contra los principios, los conceptos y los criterios utilizados por la doctrina de los "bienes inmateriales" y ha tenido una resonancia especial, pudiendo decirse que en rigor abre un periodo de revisión y de crisis para la teoría (182). El valor de las consideraciones críticas de FRANCESCHELLI no está tanto, a nuestro juicio, en el aparato argumental que esgrime, como en su carácter total, en el análisis destructivo a que somete a todos y cada uno de sus postulados y en el vigor intelectual con que los impugna. La impresión que se obtiene tras la lectura del sistemático ataque es que acaba de derribarse un ídolo. Sin embargo, FRANCESCHELLI mismo ha librado esta batalla intelectual, acudiendo al terreno del contrincante y aceptando en mucha parte el planteamiento y el enfoque dado por éste al problema del objeto jurídico.

Resumiendo en una síntesis esquemática la crítica de FRANCESCHELLI a esta posición, comenzaremos señalando que, para este autor, la propia noción de "bien inmaterial" carece de un contenido propio, no es válida como concepto utilizable. Ante todo, la determinación del mismo se hace en la teoría negativamente: inmaterial es lo no material, lo no perceptible sensiblemente (183). Cosa inmaterial es la que sólo puede ser percibida con el intelecto, con la mente. Ahora bien, mantener tal afirmación es desconocer que el hombre percibe con la mente, con el espíritu, no sólo las creaciones que se habla, sino -- cualquier otra clase de cosas existentes, incluso las materiales y el hombre mismo. Se dice por la teoría del derecho sobre bienes inmateriales que el objeto de este derecho es la obra intelectual, en cuanto esencia inmaterial. Ahora bien, señala

FRANCESCHELLI, a dicha obra ó se la considera desvinculada de todo cuerpo material, y entonces habrá que reconocer que no constituye bien alguno, como aceptan los propios defensores - de la teoría, ó de lo contrario, aparecerá incorporada a la - cosa que la manifiesta y materializa, al libro, al ejemplar, a ese "corpus mechanicum", que es una cosa material y tangi - ble y no una cosa inmaterial. Por consiguiente, para FRANCES - CHELLI, carece de todo fundamento la distinción entre estos - dos tipos de cosas, que no puede basarse, ni en el inseguro - criterio de la tangibilidad ó de la intangibilidad, ni en éste otro que se apunta de la perceptibilidad intelectual de las co - sas inmateriales, ni mucho menos aún en un posible tercer cri - terio, que consistiría en hacer estribar la distinción en la - posesión ó no de un cuerpo determinado y en la posibilidad ó imposibilidad de que la cosa quede fijada en ese cuerpo en for - ma tal que permita su apropiación física. Según este criterio, señala FRANCESCHELLI, serían inmateriales las cosas que, aún - manifestándose en cuerpos determinados, no se agotan en ellos, sino que son reproducidas en ejemplares ó copias idénticos. - Esta nueva determinación convierte la distinción en una catego - ría indefinida e indefinible, tanto porque no todo aquéllo que posee un cuerpo determinado es objeto jurídico material, como porque una obra literaria ó musical no deja de tener un cuerpo determinado, como lo prueba el hecho de que, ante la destruc - ción ó desaparición de todas las copias, habría que recurrir - al original único.

El análisis evidencia, por otra parte, que lo único que interesa al derecho, lo único que constituye su contenido pa - trimonial, -es decir, la reproducción de la obra-, lo propor - cionan de igual modo todos los ejemplares. Con la posesión del "soporte material" de la obra, ó de un ejemplar ó una copia de la misma, es ya posible el disfrute y su reproducción y multi - plicación. "No hay ninguna duda de que la cosa -esa "cosa inma

terial" por la que se pregunta- está allí, en el medio material ó "documento" y de que éste ó cualquier ejemplar determinado de la obra la contiene, la incorpora, la lleva en sí mismo y la representa; debiendo reaccionarse con la máxima energía contra quienes niegan tan evidente afirmación y se dedican a buscar en otro sitio la obra que tienen delante de los ojos" (184).

Esa argumentación hace ver que el derecho no tiene aquí - por objeto cosa alguna, sino la actividad consistente en la reproducción del original ó de cualquiera de sus ejemplares. Esta nos parece ser, en síntesis, la posición de FRANCESCHELLI en cuanto a su impugnación del planteamiento general del problema de los "bienes inmateriales".

Esta posición la refuerza FRANCESCHELLI con las observaciones de los economistas que, ó niegan todo valor a la distinción misma entre "bienes materiales" y "bienes inmateriales", ó extienden esta segunda categoría hasta un extremo tal, que la hacen inutilizable y peligrosa. La mención se hace expresa con respecto al pensamiento de JANACCONE, Adam SMITH, Juan B. SAY y FERRARA, que expone extensamente FRANCESCHELLI, para apoyar su parecer de que en la realidad no existe producción inmaterial que no tenga su asiento en elementos sensibles y corpóreos, siquiera sean fugaces, y que todo lo que realiza el hombre presenta siempre un carácter mixto de operación intelectual y de modificación corpórea, por lo que la distinción carece de fundamento ontológico alguno (185).

Por otra parte, señala FRANCESCHELLI que la distinción no es apta para ser usada por la técnica jurídica, en primer término, porque en el concepto de "bienes inmateriales" están comprendidas cosas totalmente heterogéneas, como las aptitudes la habilidad adquirida, los servicios, que resulta imposible casar en una construcción unitaria; y en segundo término, por-

que, como consecuencia de lo anterior, la afirmación de que los "bienes inmateriales" constituyen un "numerus clausus" no es exacta, debe invertirse: no es que exista una categoría - perfectamente determinada de "bien inmaterial" integrada por un número tasado de figuras; es al contrario, que las creaciones intelectuales se protegen sólo en hipótesis típicas. "De donde proposiciones como ésta: "por eso el derecho absoluto - se admite sólo en relación con aquéllas creaciones intelectuales en las que se reconocen bienes inmateriales", se resuelven, si no me engaño, en una petición de principio; y proposiciones como esta otra: "podemos utilizar precisamente el término bien inmaterial con referencia a aquéllas creaciones intelectuales que sean objeto de un derecho absoluto", se resuelven al mismo tiempo en una petición de principio y en una proposición (legislativamente) arbitraria" (186).

Tampoco puede constituir un elemento unificador para la categoría que se discute la precisión de que el objeto del derecho está constituido por ideas. Es evidente que las creaciones intelectuales a que se alude "derivan de la realización concreta de una idea ó ideación, que tiene su sede y su génesis en el espíritu del hombre"; pero eso no justifica considerar a las ideas como objeto de derecho, como bienes jurídicos. Mientras la idea no hace surgir nuevos bienes reconocidos de modo típico (invenciones, modelos, marcas) carecen de todo título para otra protección específica que la que deriva del contrato suscrito con el que ha engendrado la idea; una vez expresada, se convierte en "res communis omnium", en la que todos pueden inspirarse para la creación de otras obras ó el hallazgo de otros resultados técnicos; lo que se protege, en cambio, no es la idea de solución ó el principio científico mismo, sino el modo concreto como se ha resuelto el problema técnico. Las ideas en sí no son protegibles y menos podrán servir aún para identificar toda una categoría entera de rela

ciones, a través del objeto (187).

Finalmente, la amplia refutación de FRANCESCHELLI no des-
deña la polémica tampoco en el terreno de un análisis de pro-
fundidad gnoseológica del concepto de "bien inmaterial". La
ocasión se la brinda la concepción espiritualista, "metafísi-
ca" de CARNELUTTI (con cuya impugnación comienza FRANCESCHELLI
su alegato, pero que nosotros reservamos para este último lu-
gar (188).

Para CARNELUTTI, como ya vimos, las creaciones son "entes
de espacio ilimitado", dotados de infinitud, a los que convie-
ne en sentido estricto la "identidad"; son "cosas espirituales".
A este concepto contrapone FRANCESCHELLI la tesis kantiana de
la imposibilidad de conocer nada que pertenezca al mundo del
"noumeno", de la que deduce que de ese "quid" desvinculado de
todo lo fenoménico, -como presenta a las creaciones espiritua-
les esta teoría-, mal podrá decirse nada jurídicamente, cuando
ni siquiera puede ser objeto de conocimiento. Si, en cambio, a
lo que se está aludiendo es "a la disciplina de las manifesta-
ciones fenoménicas de este mundo irreal, es claro que todo el
derecho de autor termina por reducirse y resolverse en la co-
pia del libro, en el objeto inventado, en la marca sobrepuesta
al producto" (189).

Como consecuencia de esta impugnación, examina FRANCESCHE-
LLI la comparación, propuesta por CARNELUTTI, entre un acumula-
dor eléctrico y un libro, en que observa éste que "mientras el
acumulador se descarga, el libro no se descarga nunca", de lo
que se deduce que a las creaciones espirituales conviene la no-
ta de "infinitud" (190). FRANCESCHELLI replica que el libro ni
se carga ni se descarga, pues sólo es un medio para suscitar -
emociones y que ésta que señala CARNELUTTI como "infinitud" del
libro no es sino un carácter común a todas las cosas materiales

productivas. El capital dado a interés, el inmueble arrendado, el agua mineral de una fuente, etc. no son más ó menos finitos que la obra literaria, que será reproducible dentro de los límites de duración del derecho y siempre mediante nuevas ediciones, ó la obra musical, que lo será a través de nuevas ejecuciones ó representaciones. Señala el peligro de las comparaciones y de las imágenes en el derecho, recordando que el propio CARNELUTTI tiene dicho en 1912 que "el libro, el cuadro, la estatua, la máquina no son más que acumuladores de energía mental" es decir, tiene afirmado lo contrario de lo que ahora sostiene. Y termina indicando que un acumulador descargado, estará descargado pero seguirá siendo un acumulador: mientras que un libro - sin palabras, -es decir, sin lo que le hace tal- no es más que una informe reunión de hojas blancas, pero no un libro en el - sentido del derecho de autor. "De donde se deduce que, mientras la carga del acumulador es un predicado de relación, -como dirían los lógicos-, es decir, una cualidad que permanece extraña a la representación del objeto, la "carga" del libro -siguiendo la imagen propuesta-, es decir, lo que está escrito en él, es - un predicado de cualidad, que expresa una propiedad del objeto imposible de separar mentalmente de él, sin que la misma representación del objeto se modifique" (191).

Por todo ello, para FRANCESCHELLI la categoría de los "bienes inmateriales" -que empieza por no ser una categoría legislativa-, no es una categoría dogmática, porque no se pueden obtener deductivamente de ella reglas válidas para todos los problemas nuevos que surjan en el ámbito de la categoría misma y que estén inspiradas en el principio general. No es tampoco una categoría científica, ya que no ayuda a descubrir nuevas leyes de las cosas ó verdades nuevas, y ni siquiera es una categoría lógica, por su evidente carácter arbitrario, íntimamente inorgánico y contradictorio (192).

Por su interés, nos ha parecido necesario este amplio resu

men de la más reciente y más incisiva crítica contra la teoría de los "bienes inmateriales".

Para nosotros su brillante alegato contra la implantación de la categoría de "bien inmaterial" tiene mucha menor importancia que la objeción que hiere a la teoría en su propia esencia: la de que no proporciona un concepto jurídicamente utilizable. Las observaciones de FRANCESCHELLI a este respecto son definitivas y descubren hasta qué punto esta posición pretende elaborar construcciones jurídicas sin utilizar ninguno de los instrumentos científicos apropiados.

No se protegen las creaciones espirituales --se nos dice-- sino en forma típica y limitada, porque sólo la tutela de unas figuras determinadas constituye una exigencia social (193). La afirmación no puede convencernos del todo. Más exacto será reconocer que no todas las creaciones humanas consienten su traducción en una fórmula objetiva sobre la que pueda montarse un derecho absoluto de carácter autónomo, por que se protege en forma específica un procedimiento químico y por qué, en cambio no se puede patentar un sistema de trabajo, debe estar en algo diferente de la pretendida inmaterialidad de ambas ideas alumbradas por el hombre; debe explicarse por algún modo de ser ó de presentarse ante el Derecho ambas ideas, que hace posible técnicamente en el primer caso lo que es imposible en el segundo. Es que en el procedimiento químico hay algo que no hay en el sistema de trabajo. Encontrarlo, identificar y precisar esa nota es hacer una ontología jurídica; y antes y después de eso es cuando se podrá hacer filosofía.

Por eso, la refutación de FRANCESCHELLI no puede ser más incisiva y oportuna al denunciar la imprecisión, la falta de límites del concepto de "bien inmaterial", su contradicción orgánica que impide su utilización por la técnica jurídica; sin que eso quiera decir que, en cambio, en el aspecto positivo de

su tesis del "monopolio" nos conformemos con su esquema siz -
plista y aceptemos que el objeto jurídico aquí es un mero "fa
cere".

Teoría de los "derechos intelectuales"

21.- La tesis germánica del derecho sobre bienes inmateriales tiene una gran analogía con la doctrina francesa de los "derechos intelectuales", que brinda una interpretación cercana del fenómeno que estudiamos, hasta el punto de venir siendo consideradas frecuentemente como versiones distintas de una - misma posición (194). Estimamos, sin embargo, que hay tres notas diferenciales entre una y otra concepción, a saber: en primer término, la doctrina de los "derechos intelectuales" transciende más claramente que la del derecho sobre "bienes inmateriales" la idea de la propiedad; en segundo lugar, destaca en el objeto jurídico, más que su "inmaterialidad", su carácter - de resultado de la actividad intelectual del hombre; finalmente, frente al carácter esencialmente dualista de la teoría del derecho sobre bienes inmateriales, la de los derechos intelectuales tiende más bien a una construcción monista del Derecho, aunque la situamos entre las tesis dualistas porque, tal y como se ha generalizado, se utiliza esta expresión fundamentalmente para - caracterizar las facultades de índole patrimonial del derecho - de los creadores, compatibilizándola con la doctrina del "droit moral". Los tres rasgos indicados pueden verificarse en una exposición sintética de la teoría.

En su iniciación, la doctrina de los "derechos intelectuales" es formulada por el jurista belga PICARD en 1877 (195). La primera afirmación de la teoría de los derechos intelectuales es la insuficiencia de la clasificación romanista tripartita de los derechos (derechos reales, derechos personales y derechos - de familia) y la necesidad de ampliar los criterios clasificados

res tradicionales. Parte PICARD de que el elemento más impor -
tante para llevar a cabo la clasificación de los derechos es -
el tipo de objeto sobre el cual recaen, toda vez que de los -
tres elementos que integran el derecho subjetivo, el sujeto, el
objeto y la relación jurídica, el primero es un elemento inva -
riable, -la persona-; el tercero en cambio, -la relación jurí -
dica entre el sujeto y objeto varía al infinito, no pudiendo,
por consiguiente, servir de base para una clasificación porque
cada tipo de derecho resultaría diferente de los demás. Y sólo
tomando en cuenta como base de clasificación el objeto puede
surgir una división suficientemente matizada de tipos de dere -
cho diversos. En efecto, toda la variedad de objetos jurídicos
existentes puede ser reducida a tres grupos principales: las -
cosas del mundo material, las acciones positivas ó negativas -
de otras personas y las manifestaciones de la inteligencia del
hombre y los valores representados por los signos distintivos,
que no son cosas corpóreas ni prestaciones de otras personas,
pero cuya utilización representa un valor patrimonial. Los de -
rechos que recaen sobre cosas del mundo material componen el
grupo de los "derechos reales"; los que versan sobre acciones
positivas ó negativas de otros, caracterizan los "derechos per -
sonales" u "obligaciones"; y finalmente aquéllos que tienen -
por objeto esas cosas incorpóreas, productos intelectuales pro -
piamente dichos, constituyen una nueva categoría: la de los -
"derechos intelectuales" (196).

Los "derechos intelectuales" están integrados por dos ele -
mentos: uno personal, intelectual y moral, y otro patrimonial.
Se trata pues, de una figura jurídica compuesta de dos elemen -
tos de distintas naturaleza, que se unen en una síntesis pro -
pia, y manifiestan una acción recíproca (197).

La necesidad de construir esta nueva categoría de dere -
chos propuesta por PICARD se deriva de la insuficiencia de las

195.

otras dos categorías, derechos reales y derechos personales, - para incluir la protección jurídica de los productos de la inteligencia humana. "Hay toda una categoría de elementos de riqueza que no pueden entrar ni en la una ni en la otra de las dos clases", que es la que está representada por el derecho de los autores, de los inventores, por el que recae sobre dibujos y modelos, sobre signos distintivos, etc. que tienen un carácter especial, "sui generis", cada uno objeto de un régimen legal particular, pero coincidiendo todos en representar un valor económico (198). A pesar de que ROUBIER indica que el nombre que se ha dado a estos derechos en la doctrina examinada es poco afortunado, es lo cierto que ha tenido una acogida muy generalizada en la bibliografía francesa, en la que podríamos decir que se habla de derechos intelectuales como un punto de partida fundamental para la calificación de estas instituciones, del mismo modo que en la bibliografía alemana se les considera, cualquiera que sea concepción del autor, como derechos sobre bienes inmateriales (199).

Un empeño muy interesante de concretar las características y perfilar al alcance y el contenido de esta categoría nueva lo representa la posición de DABIN, que ha trabajado de un modo especial en la definición y caracterización de éstos "derechos intelectuales" (200). DABIN los considera como un "jus in re incorporal", cuyo objeto es la obra de arte, la invención ó el signo distintivo, y en que el poder jurídico que ostenta el titular no es en absoluto del género de la propiedad, porque no puede existir una apropiación física como la que se manifiesta cuando se trata de cosas corporales. Sin embargo, el derecho es análogo al de la propiedad porque lleva consigo el dominio sobre una cosa de tal modo que puede decirse mi obra, mi invención, como se dice mi casa ó mi caballo. Es más, incluso en su estructura, no se diferencia en nada la propiedad intelectual de la propiedad sobre las cosas materiales (201).

Para DABIN estos "jura in re incorporali" comprenden todas las prerrogativas que ostenta el sujeto sobre la cosa incorporal y no sólo las prerrogativas de índole patrimonial ó económica. Proceder en otra forma, equivaldría a "sacrificar al principio económico de la división de los derechos según su valor, pecuniario ó no, el principio, más fundamental, de la división de los derechos según la naturaleza de su objeto"(202)

Puede apreciarse de este modo que la doctrina de los "derechos intelectuales" es fundamentalmente monista, aunque por razones de sistema y por su proximidad y parentesco con la teoría de los bienes inmateriales la situemos en este primer grupo de doctrinas sobre la naturaleza jurídica de las instituciones examinadas. Precisamente este sesgo monista de la concepción es lo que sirve de base a las objeciones y a las críticas de una gran parte de la doctrina, que podemos considerar aquí representada por ROUBIER. Después de indicar que la denominación elegida para este tipo especial de derechos alude al origen de los mismos, puesto que nacen de una creación del espíritu, y que por eso mismo no sería extensiva a los derechos sobre nombres y marcas, indica ROUBIER que la concepción unitaria a la que tiende DABIN no tiene en cuenta que el hecho de que existan relaciones evidentes entre el derecho moral y el monopolio, no es razón para negarse a un análisis separado de ambos. Añade que el "droit moral" no recae sobre la obra, como indica DABIN, sino que tiene por objeto la personalidad del autor a través de sus obras; es un derecho de la personalidad y no ese derecho sobre cosa incorporal que se pretende; como lo prueba el que en presencia de una deformación de la obra, el Juez no mira a investigar si tal modificación mejora ó perjudica a la obra misma, sino si la creación del autor ha sido ó no respetada. Por lo demás, ROUBIER critica la posición de DABIN porque no dá cuenta del elemento característico de estos derechos, que es a su juicio el monopolio (203).

La posición que examinamos se ha generalizado, como deci-

mos ya, en la doctrina francesa, llegando en ella a adquirir carta de naturaleza. La expresión "derechos intelectuales" se convierte en el modo más tradicional y familiar de aludir a los derechos peculiares del autor, del inventor y del usuario de signos distintivos de carácter mercantil.

SEGUNDO GRUPO

LA CONSTRUCCION DE UN DERECHO ABSOLUTO A EJERCER EN EXCLUSIVA UNA ACTIVIDAD ECONOMICA.

22.- Mientras las doctrinas encuadradas en el grupo anterior parten de la consideración de que el derecho de los creadores sólo puede ser debidamente interpretado en una construcción dogmática que lo presente como un señorío patrimonial sobre el "quid externus" que es la obra, las posiciones que se incluyen en este segundo apartado de las teorías dualistas - contemplan los derechos en cuestión como poderes jurídicos - que no recaen en objeto entitativo alguno, pues se limitan sólo a permitir el ejercicio de una actividad determinada, con exclusión de terceros. La discrepancia que se manifiesta entre estos dos grupos de soluciones es radical. Las objeciones que recíprocamente se formulan los partidarios de una y otra son importantes. Se trata de un problema técnico, del hallazgo de la fórmula que interprete del modo más aproximado la realidad. Estas dos posiciones, como hemos de ver, representan las dos alternativas que se ofrecen para una teoría sistemática. O el derecho implica un poder sobre la creación, ó el derecho se sustancia en la posibilidad de hacer algo, que les está vedado a los otros (204).

Para quienes sostienen esta segunda posición, la construc

ción de un derecho que recae directamente sobre la obra en un recurso innecesario. No es preciso afirmar un "señorío sobre la creación intelectual" para definir la esencia de estas instituciones. Si el concepto ha de hacer referencia a la realidad que menciona, aquí la única realidad que referir es que - estos derechos convierten a ciertos sujetos (a los autores, los inventores y las titulares de signos distintivos); en los únicos que pyeden realizar ciertas actividades, que, de lo - contrario estarían permitidas a todos. Y como este es el único dato significativo que áncorporar a la teoría, la construcción de "un derecho sobre la obra" añade al fenómeno elemen-tos suplementarios que no se justifican debidamente.

Pero esa construcción no solo es innecesaria, sino que es además impropia, no refleja debidamente la realidad, porque se vé forzada a aceptar que desarrollar una actividad económica - en exclusiva equivale a ejercer un señorío sobre la obra crea-da, por el hecho de que esa actividad consiste en reproducirla ó ejecutarla, prohibiendo que hagan lo mismo los restantes. No hay aquí ningún poder que recaiga sobre una cosa, sino única-mente un "ius excludendialios", en cuya virtud un "hacer" que estaría permitido a todos, se les prohíbe por excepción, que-dando reservado a uno solo.

Y en tercer lugar, esa construcción innecesaria e impro-pia es, por último, inadmisible, porque parte de la estimación de que las ideas, los pensamientos y las concepciones pueden - configurarse como objetos jurídicos. No es solo que son por sí mismas inapropiables tales entidades ideales ya que una vez co-nocidas por todos es imposible evitar de hecho su apropiación por la generalidad. Es también que el derecho puede prescindir al tutelar el interés del autor ó del inventor, de relacionar la idea en que la creación consiste con un ejemplar material - determinado. Si desaparecen todos los ejemplares, no hay posi-bilidad alguna de proteger al autor, cuyo derecho en todo caso

no versaría nunca sobre la creación misma, como entidad ideal, sino sobre la obtención de nuevos ejemplares materiales de ella, mediante una actividad dedicada a reproducir el soporte físico, el "corpus mechanicum" (205).

Nos parece que las indicaciones hechas hasta aquí sirven para ofrecer una caracterización general de todas las posiciones que han de ser incluidas en este segundo grupo en lo que se refiere a su negativa a admitir que el objeto del derecho de los creadores sea de un modo u otro la creación intelectual.

En cambio, éstas mismas posiciones discrepan de una manera sensible cuando se pasa a examinar, el lado de este aspecto crítico, su aportación constructiva. Diríamos más: en este otro aspecto existe una diversidad tan grande entre las distintas teorías que comparte este punto de vista inicial que la que se registra entre los partidarios de las tesis encuadradas en el primer grupo. Aquí se observan diferencias notables de interpretación y construcción, a pesar de que las doctrinas que consideramos ahora coinciden por lo general en la calificación de estos derechos como simples "monopolios". No hay una noción unívoca de ese pretendido "derecho de monopolio". Desde las ideas expuestas por un FERRARÁ; pasando por las de ROGUIN ó RENOUEAU, hasta las formulaciones de ROUBIER, FRANCESCHELLI ó GUGLIALMETTI hay una gran diferencia. Hemos de observar además un hecho que ya tenemos apuntado en las doctrinas de la propiedad, en las cuales comprobamos que sus propios partidarios no creían posible utilizar para estos derechos la categoría tradicional del dominio, sin someterla previamente a un proceso intelectual de adaptación y extensión. Algo análogo sucede con los defensores de la teoría del monopolio, que también se ven obligados a distinguir, matizar y hacer un uso extensivo de ésta figura, para convertirla en un instrumento conceptual aplicable al derecho de los creadores, al que sin más reservas ni aditamentos no parece convenir. Un ejemplo expresivo

lo proporciona el propio FRANCESCHELLI, cuando se dedica a una construcción depuradora de la categoría del monopolio, en un intento amplificador y sistemático, para terminar por decir que "si el concepto de monopolio ... se alarga y precisa en el sentido ahora dicho, ya no se opone ningún obstáculo a comprender en la categoría construida de tal modo" estos derechos; aunque aclara que no es que venga corregida la categoría con la finalidad de comprender estos institutos, sino que sin las consideraciones extensivas que razone la categoría misma de monopolio no expresaría exactamente el fenómeno que, incluso por su propio nombre, quiere representar. Para FRANCESCHELLI la categoría del monopolio ha sido construida arbitraria e injustificadamente. "Y sólo reconduciéndola a sus confines posibles y lógicos puede servir de base -tal categoría- a una discusión". (206).

Por lo demás, la variedad de construcciones y de versiones teóricas nos dará la medida de lo incierta que viene a ser la noción de "derecho de monopolio", como categoría jurídica.

En todo caso, para casi todas estas doctrinas (207) el derecho de los creadores ha de configurarse como un derecho absoluto en cuanto que atribuye la facultad de excluir a los terceros de la actividad que queda reservada al titular; se manifiesta como un "ius erga omnes", que origina la obligación pasiva general de respeto concretada en un "non facere". Estos derechos -señala CASANOVA- como los derechos reales, son derechos absolutos en cuanto imponen a la generalidad una obligación pasiva de abstención; pero en la propiedad y los demás derechos reales la abstención se refiere a toda actividad de disposición ó de goce directo de la cosa, mientras que en estos otros derechos respecto a cualquier actividad de concurrencia en la producción, reproducción ó comercio de bienes idénticos ó sucedáneos (208). Ha de predicarse de ellos -en opinión de FRANCESCHELLI- su carácter absoluto y su contenido patrimonial

(209). El deber de abstención -indica GUGLIAIMETTI- afecta a - todos los individuos menos al sujeto titular, que es la única nota típica de los derechos absolutos (210).

Finalmente, la determinación de su objeto es uno de los - problemas más interesantes a que tiene que hacer frente ésta - clase de construcciones dogmáticas y una de las dificultades mayores que se oponen a la utilización de la pretendida categoría de los derechos de monopolio, como hemos de ver. En efecto en las doctrinas que hemos clasificado dentro del primer grupo, la respuesta parece casi algo evidente: el objeto de la creación intelectual (211); la obra misma (212); la idea, el pensamiento ó la concepción del autor expresada por medios materiales (213); la relación que existe entre la idea y su manifestación material (214); la forma en que la idea se concreta (215) Pero en estas otras posiciones que sostienen la identificación de estos derechos con la figura económica del monopolio, la determinación del objeto presupone la resolución de intrincados problemas de estructura y configuración de estos derechos, que cada autor resuelve de modo distinto, y que origina las diferencias que se observan entre unos y otros.

Para que pueda apreciarse hasta qué punto estas diferencias son sensibles, bastará hacer un breve inventario de soluciones. Así, no falta quien afirme que el de monopolio es un derecho que carece de objeto (216); ni tampoco quien sostenga que el objeto del derecho es aquí la propia cosa material, el conjunto de todos los ejemplares actuales ó y futuros (217). - La generalidad, sin embargo, acude a otras interpretaciones más plausibles, pero no por eso menos discordantes entre sí. Para ROGUIN, por ejemplo, el objeto del derecho de monopolio es la obligación de abstenerse de ejercer la actividad reservada, y el contenido, en cambio, la posibilidad jurídica de exigir el cumplimiento de esa obligación (218). Podríamos decir que la creación intelectual, en la tesis de ROGUIN, es el objeto

del interés, pero no del derecho. FRANCESCHELLI, por su parte, concibe el "derecho de monopolio", según podemos interpretar, como un derecho que tiene por contenido un "ius excludendi - alios" y por objeto, una actividad determinada. En esta construcción, la creación intelectual adquiere la función de proporcionar el punto de referencia necesario para determinar la extensión del "non facere" (219). Para PILENKO ó para LANDI, el "derecho de monopolio" recae sobre una cosa genérica y no sobre una cosa específica (220). Finalmente, no falta quien opine -así, GUGLIALMETTI-, que el de monopolio puede construirse como un derecho cuyo objeto es la propia creación intelectual, considerada como cosa específica inmaterial (221).

Tantas y tan diversas son, pues, las construcciones a que puede dar lugar la figura a la que quiere incorporarse, en este otro grupo de doctrinas, el derecho de los creadores.

Teoría del derecho a la "no imitación"

23.- Comenzaremos por referirnos a la interesante concepción de ROGUIN, llena de puntos de vista originales, que pretende llevar a cabo una labor de simplificación de conceptos, tan acorde con la transparencia de su pensamiento jurídico, - desmontando por artificiales todas las construcciones que se sirven de la idea de un "derecho sobre un objeto" exterior y entitativo.

El fenómeno del derecho de los creadores es para ROGUIN de una extraordinaria claridad. Cuando la ley concede a un sujeto la facultad de disfrutar de una cosa determinada, no crea un monopolio. Un monopolio es algo excepcional. No consiste en la posibilidad jurídica de poseer con carácter exclusivo un determinado objeto, sino en la que impedir a otros que posean objetos semejantes ó análogos a los del monopolizador, aunque -

desde un punto de vista individual sean diferentes. Esto es lo que sucede con el derecho de los creadores, con la propiedad intelectual, literaria y artística y con el derecho del inventor y del usuario de nombre y marcas. En todos estos casos, el fondo del derecho está constituido por el poder jurídico que se atribuye al titular de impedir la imitación, la posesión de objetos semejantes, aunque corporalmente diversos. En definitiva, por tanto, estos derechos son "monopolios privados" en los que concurre la nota esencial del monopolio, en cuanto que éste no es otra cosa que un "derecho a la no imitación", entendiendo por "imitación", no solo la ejecución de una cierta actividad ó trabajo encaminado a fabricar cosas semejantes a las monopolizadas, sino también, la posesión de tales cosas. Por ello, de esta clase de monopolios son un ejemplo, junto a los derechos de que tratamos, las "banalités" del régimen feudal.

Por lo tanto, cuando se trata de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, "nada más sencillo que construir estas relaciones jurídicas: basta poner de relieve el carácter de protección contra la imitación, la reproducción fraudulenta, el derecho a utilizar exclusivamente alguna cosa para que podamos calificarlas con su verdadero nombre: el de monopolio". "Fue esto tan fácil en el antiguo régimen, cuanto que con mucha justicia se consideraba como un "privilegio" el derecho de autor a utilizar ó explotar su obra: si hoy suena mal esta palabra "privilegio" y queremos prescindir de ella, podemos reemplazarla con su equivalente, la de monopolio, pero manteniendo la idea misma, que es la única verdadera. Importa poco que el privilegio antiguo se haya hoy convertido en derecho común y - que sea considerado, no como una concesión del poder público en cada caso determinado, sino como las consecuencias naturales de una legislación aplicable a todos; porque esta evolución ni ha alterado ni puede alterar la estructura del derecho". - (222).

Sobre la base de estas consideraciones, pasa ROGUIN a de-

sarrollar su teoría, que se apoya fundamentalmente en la indicación de qué es lo que constituye específicamente la facultad propia del autor y del inventor. Para ROGUIN, hay dos aspectos que permanecen completamente extraños al contenido del derecho de autor, es a saber: la facultad de crear la obra y la facultad de multiplicarla y reproducirla. Ninguna de las dos las posee el autor por virtud del derecho específico de que ahora se habla, sino por otras instituciones del derecho común. La libertad de crear la obra no la posee el sujeto gracias al derecho de autor, sino conforme al derecho más general de ser protegido en su corporeidad física y en sus medios de acción. A su vez, la de poder multiplicar esa obra y lucrarse con el beneficio que se obtenga por esta actividad, tampoco deriva de ningún derecho específico del autor, sino que "se desprende naturalmente del derecho de propiedad sobre las cosas corporales" que también se crean con auxilio de elementos materiales de nuestra pertenencia.

Lo que, en cambio, constituye de un modo expreso el derecho de autor se comprende con el consiguiente razonamiento: todos tenemos la facultad de apropiarnos libremente de las ideas ajenas "no sólo para conservarlas en el cerebro, sino para inspirarnos en ellas y crear objetos materiales que las expresen ó reflejen". "Salvo ley especial, todos tenemos el derecho de imitar el edificio ajeno en la construcción del nuestro, ó de hacer uno exactamente igual y el mismo derecho tienen todos para copiar mis vestidos, la disposición de mi mobiliario, fabricar objetos semejantes a los míos, imitar mis productos industriales y mis procedimientos de todo género, artísticos ó comerciales. Toda la legislación común conviene en la permisión de inspirarse, de calcar, de falsificar, en una palabra, no sólo los objetos que deben poco a la acción del hombre, como los vegetales y los animales, sino los que le deben más en su fabricación ó composición. sin tener para nada en cuenta, en

la formación de todas estas cosas, la mayor ó menor importancia de la idea ó del pensamiento. Los autores, artistas, industriales, comerciantes sin protección especial quedan abandonados a los efectos del derecho común que autoriza la imitación" (223). Y esto es precisamente lo que la legislación especial impide. Su efecto estriba en prohibir la imitación de la obra literaria ó artística, de la invención ó de la marca, que anteriormente era una actividad libre a la que todos podían dedicarse.

Señalado lo anterior, es preciso situar dentro del cuadro de las categorías jurídicas este tipo de derechos que son los "monopolios privados". Para ROGUIN, han de incluirse "entre los derechos reales y los de obligación", porque constituyen "un robustecimiento de los derechos sobre las cosas, mediante una red general de deberes de inacción".

La tesis de ROGUIN tiene toda la claridad y virtud simplificadora que se deriva siempre de las concepciones descriptivas, sobre todo si se plantean en el terreno de los intereses y de los valores económicos. No ser imitado, no ser copiado, impedir que los demás ejerciten una cierta actividad de producción, eso y todo eso puede ser en su esencia lo que constituya el contenido del derecho de los creadores, con lo cual indicar lo parece que origina que cualquier otra interpretación se acusa a sí misma de innecesario construccionismo. Pero la imagen no nos presenta sino el aspecto económico de la institución, sin agotar, en cambio, su verdadero perfil ni darnos dato alguno que permita la construcción jurídica de la figura. Nos la enseña por dentro, podría decirse, en su efectividad suspensiva de la concurrencia, en la realidad de los intereses tutelados, pero no acaba de decirlo todo. Dejando a un lado la objeción general a que se presta la transformación de la figura económica del monopolio en una categoría de derechos subjetivos privados, es lo cierto que las figuras de que hablamos no pueden expresarse en un lenguaje de conceptos jurídicos preci-

sos con la simple mención de su función económica. La tendencia hacia un construccionismo dogmático de la tesis del monopolio, que se manifiesta cada vez más acusadamente en la doctrina, en el empeño de aplicar la noción a estos derechos tan especiales, está diciendo claramente que se precisan complementos intelectuales sin los que la simple figura del monopolio resulta inacabada como categoría jurídica. No obstante, no se desprecie - en absoluto - digámoslo desde ahora - el servicio estimable que esta clase de doctrinas han prestado a la interpretación jurídica del fenómeno, que sin ellas corría el peligro de recluirse en una visión tan impropia como la de considerar que entes espirituales y etéreos queden sujetos a un poder jurídico de apropiación.

Teoría de los "derechos de clientela"

24.- Una de las posiciones que con mayor justificación, - por sus peculiaridades propias y su interés general, deben ser destacadas del conjunto de las doctrinas del derecho de monopolios es la teoría de los "derechos de clientela" propuesta por ROUBIER.

Usa ROUBIER -como ROGUIN ó como RENOARD- ese tono descriptivo que se dirige a la explicación de los hechos, que conduce a un verdadero inventario de datos, huyendo de violentarlos con calificativos ó nociones que los adulteren. Definir los derechos es describir las posiciones reales, precisar los intereses en juego y los efectos económicos de las prerrogativas jurídicas, según opina ROUBIER. Hay como una preocupación fenomenológica, (que ha hecho indudablemente mucho bien a la teoría) en el fondo de esa pretensión de "llamar a las cosas por sus nombres. ROGUIN ya había señalado "el influjo profundo de las palabras sobre las cosas", al calificar estos derechos, por considerarla ingrata (224). Se teme utilizar conceptos que tipifiquen

demasiado la realidad, que actúen sobre ella extremando la virtud desvitalizadora propia siempre del concepto; y hasta tal punto se desea trasladar a la teoría la virtualidad de las notas del fenómeno real, que no se quiere para el derecho otro nombre que el mismo nombre que tiene el fenómeno: es así como el interés por conseguir una zona reservada de clientela pasa a ser protegido mediante unos derechos a los que conviene ese mismo nombre: "derechos de clientela", en la expresión propagada por ROUBIER (225).

En la base de la teoría de ROUBIER se encuentra la exaltación de la función económica de las instituciones. Puede determinarse esa función económica examinando ante todo cual es la utilidad que proporcionan y cuál su contenido patrimonial. "Si nos empeñamos en investigar cuál es la utilidad económica de estos derechos, la respuesta no puede ser dudosa: tienden todos a la conquista de la clientela, ya sea por un bien inmateral (invención, obra de arte), ya con la ayuda de un bien imaterial (marca, nombre, rótulo)". Pero, por otra parte, el contenido patrimonial de estos derechos no es otro que "obtener beneficios en la concurrencia económica". De este modo ROUBIER ha sido uno de los autores que con más claridad ha destacado la vinculación histórica del derecho patrimonial de los creadores a la aparición de circunstancias económico-sociales determinadas. Estos derechos no hubieran podido ser reconocidos sino en una sociedad como la nuestra, que está basada en una economía comercial e industrial en que la competencia produce unos valores económicos desconocidos en otras sociedades y el régimen de libertad de mercado alumbra una riqueza nueva, que es la que se deriva de la captación de clientes, descubre en suma la "clientela" como un verdadero valor.

Ahora bien, los derechos privativos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial nacen a partir del momento en que la libertad general es reemplazada por la prerrogati

va definida; esta prerrogativa consiste en eso que en el lenguaje comercial actual se denomina tan acertadamente como "una exclusiva" por medio de la que se reserva a una persona el derecho exclusivo de reproducir, ya una determinada creación nueva, con exclusión de todo otro concurrente, ya un cierto signo distintivo que servirá para fijar esa clientela que constituye el valor económico más importante de la empresamercantil (226). Estas posiciones privilegiadas, que pueden invocarse para excluir a los demás de tal actividad económica, es lo que podríamos denominar los derechos privativos del autor, y del inventor y del comerciante que utiliza signos distintivos en su actividad mercantil.

Estos derechos tienen una nota muy peculiar y es que no se constituyen ni establecen frente al público consumidor, en una palabra frente a la propia clientela. La acción que emana de ellos a quienes fundamentalmente ha de dirigirse es a las casas rivales, a los concurrentes en el mundo de la fabricación ó de la venta. De este modo la clientela aparece como el objeto, más que como uno de los sujetos de derecho. No puede olvidarse que todo lo que en torno a estos derechos se aprecia es una lucha organizada entre casas industriales ó comerciales en torno a la conquista de la clientela y los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial tienen por objeto "fijas ciertas posiciones en provecho de sus titulares, que las casas concurrentes deberán respetar". "Es por esto por lo que proponamos llamar a estos derechos: derechos de clientela, eso que corresponde a su contenido. Al lado de los derechos reales y de los derechos de crédito, estos derechos forman una tercera clase de derechos patrimoniales" (227).

Las críticas formuladas a la tesis de un derecho que de algún modo tenga por objeto la clientela son numerosas. Ya AMAR señalaba que no tiene sentido hablar de "propiedad de la

clientela" puesto que ésta no puede representar otra cosa que la esperanza de que los clientes continuarán manifestándose - en favor de un determinado establecimiento (228).

Pero, aún alejándose del concepto de propiedad, una ó tal clase de derecho es inadmisibile, como ha destacado DABIN (229) El propio ROUBIER reconoce que la clientela es un valor inestable sobre el que no puede fundarse derecho alguno, de donde se desprende que su proposición no tiene más que el carácter descriptivo que al principio de aludir a su teoría hubimos de - apuntar. No hay en toda la posición de ROUBIER (aparte de indicaciones clarísimas sobre el fenómeno real, explicitaciones y demostraciones de hechos, referencia a realidades), un esfuerzo de técnica jurídica ni el intento siquiera de una construcción dogmática de estos pretendidos "derechos de clientela". La despreocupación que demuestra a este respecto ROUBIER es absoluta. Ni siquiera nos determina cuál es el objeto de estos - derechos, pues si por un lado dá lugar a pensar que los concibe como recayendo directamente sobre esa clientela, en cuanto valor económico, en otros aspectos no parece llegar a admitir esta estructuración de los derechos de que se trata, toda vez que él mismo reconoce que la clientela es un valor que no puede ser asegurado por ninguna institución jurídica. Es que en definitiva, en el fondo de todas estas concepciones late la - idea de una coincidencia total entre en fenómeno económico y - la institución jurídica, en cuanto que todas ellas llegan a - concebir que la simple mención de la expresión "monopolio" es suficientemente caracterizadora desde un punto de vista jurídico para que ya no sea preciso añadirle ningún otro dato que defina el derecho subjetivo de que se trata. Y este es uno de - los errores fundamentales en los que coinciden todas las posiciones que sostienen la tesis del derecho de monopolio, como - en otro lugar hemos de ver.

Por lo demás, ya hemos señalado el carácter sugestivo que tiene esta teoría, que evidentemente no contribuye a dar una respuesta al problema de la naturaleza jurídica de estas instituciones, pero que en cambio proporciona datos nuevos, perspectivas más amplias, apreciaciones y observaciones de extraordinario interés para el debido conocimiento de la realidad del fenómeno que estudiamos.

La doctrina de los "derechos de monopolio"

25.- Que los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial se traducen en una situación de monopolio en cuanto incluyen un efecto suspensivo de la concurrencia, es algo que ~~la~~ viene aceptando la doctrina sin discusión, siquiera aún en este aspecto puramente económico nuestras instituciones ofrezcan notas peculiares con respecto a las diferentes modalidades del fenómeno monopolístico (230). Podrían registrarse numerosas muestras de esta opinión (231).

No es eso, sin embargo, lo que caracteriza a las posiciones que vamos ahora a estudiar. Lo que las define es la pretensión de resolver la naturaleza jurídica de las instituciones - utilizando para ello la figura económica del monopolio como una categoría jurídica. Hemos visto que ésta es en el fondo la concepción de ROGUIN y de ROUBIER. Ahora la vamos a considerar desde un punto de vista más directo, en cuanto que las posiciones que trataremos de exponer acuden a la calificación de estos derechos como monopolios, a través de una elaboración del concepto que quiere adornarse de todas las notas precisas para poder ser recibido como clave ordenadora de la realidad jurídica; empeño al cual se llega con todo un aparato construccionista, no menos complejo, ni menos conceptual que el que pueda apreciarse en cualquiera de las otras doctrinas ya examinadas.

Por otra parte, si en la elaboración de la teoría de la

propiedad había que distinguir fases y versiones diferentes, también es preciso apuntarlas en este otro grupo de interpretaciones coincidentes en destacar el carácter monopolístico de los derechos que estudiamos. Hay una primera en que la doctrina se limita a dedicarles esta calificación, tomando directamente la idea de monopolio del campo de la economía y aún - de los monopolios fiscales; para, a partir de ella, ir depurando, en versiones diferentes, más complicadas cada vez, las nociones iniciales. Es necesario por eso proceder a una exposición separada de tan distintas formulaciones.

1).- La calificación general del derecho de los creadores como un verdadero monopolio.-

La conceptualización de estos derechos como verdaderos monopolios se remonta a la propia polémica del siglo pasado en torno a una propiedad intelectual, con ZORN, RANDA y SCHAFFLE (que los incluyen entre los "Monopolrechte"), ó WALTER, GERBER y LABAND; para quienes no son verdaderos derechos subjetivos, sino simples reflejos de una limitación legal (232). BRAUN estimaba que lo mismo el derecho reconocido al inventor que el derecho sobre una marca son simples monopolios (233). La posición ha sido defendida también en Francia, aparte ROGUIN, por EBNOUARD al considerar el derecho de autor como un privilegio creado - por la ley como medio de otorgar al autor una remuneración adecuada (234), PILENKO hubo de resaltar que el de monopolio no es sólo un concepto que pertenezca al campo de la economía, sino también al de la jurisprudencia, en la que debe configurarse como un derecho absoluto general que tiene por objeto una cosa determinada, no específica, sino genéricamente (235).

La construcción se sirve de los datos que proporcionan el estudio del fenómeno económico del monopolio. Fijadas sus características generales, se procede a considerar como casos concretos e ilustrativos el derecho del autor y del inventor.

Aquí los juristas ceden la palabra a los expertos en economía, como hace, por ejemplo, FRANCESCHELLI con FERRARA, a cuya autoridad acude con tanta reiteración. FERRARA expone sus ideas despectivas de estos derechos, que recuerda han sido considerados el más triste de los monopolios (236). Realmente los alegatos de FERRARA servirían tanto para fundamentar la tesis de monopolio, como para justificar la supresión de los derechos del autor y del inventor. Por lo demás, incurre en una materialización inadmisibles, cocibiendo la reproducción de una obra literaria como uno más de los diversos usos de que es susceptible el ejemplar material, lo que supone tratar el fenómeno con criterios absolutamente inapropiados.

2).- La construcción dogmática de los "derechos de monopolio" en la moderna doctrina italiana.

En las diferentes posiciones que hasta aquí hemos considerado la utilización del concepto de monopolio se hace tomándolo directamente del campo de la economía, sin manifestar un empeño dirigido de una manera inmediata a la construcción de la categoría jurídica de los "derechos de monopolio".

En cambio, un sector de la moderna doctrina italiana ha tenido la clara visión de que no es suficiente la simple utilización de los conceptos económicos para que con ello se tengan construidas ya nociones jurídicas aplicables; y se ha propuesto la empresa de llevar a cabo una construcción dogmática de los "derechos de monopolio". Eso que no era más que una figura económica, que ha sido estudiada sólo desde el punto de vista de las situaciones a que da lugar, de los efectos diversos que origina, va a estudiarse ahora como material con la cual se determine una categoría jurídica nueva. La dirección es de una gran importancia científica, representa esfuerzos muy estimables por parte de autores tan distinguidos como FRANCESCHELLI,

pero desde ahora diremos que a nuestro juicio no es por completo coincidente. Sin embargo es del mayor interés seguir los pasos de ésta elaboración doctrinal, de la que ha querido esperarse nada menos que el hallazgo de una categoría jurídica hecha como a la medida de las instituciones cuya esencia se trata de investigar. Esta elaboración doctrinal tiene tres manifestaciones relevantes en los nombres de FRANCESCHELLI, LANDI y GUGLIALMETTI, cuyo pensamiento vamos a considerar separadamente.

a).- La categoría jurídica de los "derechos de monopolio" en FRANCESCHELLI.

FRANCESCHELLI es uno de los especialistas de derecho industrial que más afanosamente viene estudiando desde hace tiempo la naturaleza jurídica de estas instituciones y defendiendo su inclusión dentro de la categoría jurídica de los "derechos de monopolio", que tanto se ha esforzado en construir y perfilar (237). Su aportación se caracteriza por su espíritu crítico y polémico, su rigor sistemático, y la amplitud y entidad de su obra, tanto como por la apasionada entrega a la defensa de la tesis del derecho de monopolio. Los derechos del autor, del inventor, de los creadores de dibujos y modelos industriales y de los titulares de signos mercantiles, serían todos ellos manifestaciones de una categoría de derecho que tiene características propias y definidas: "el derecho de monopolio". La tesis fundamenta y sostiene FRANCESCHELLI con gran copia de argumentos y razones. A su decir, la tesis del monopolio la confirman al mismo tiempo la historia de estas figuras, el estudio de su función económica, la consideración de la naturaleza del poder jurídico que contienen y el análisis de la estructura del derecho. Desde un punto de vista histórico, el derecho de autor y el del inventor no son otra cosa que la versión actual de los viejos privilegios de edición y de las antiguas

patentes, que no tenían por contenido una cosa, sino un "face-re", aunque sea en relación con una cosa. Los derechos actuales tienen las mismas características en todos los sentidos - que las que poseían aquéllos privilegios sin más modificación que la de no ser hoy conceptuados como meras concesiones gratuitas, sino como derechos establecidos por la ley, lo que no afecta en absoluto a su verdadera naturaleza. FRANCESCHELLI se detiene con gran detalle en el proceso histórico del reconocimiento de estos derechos exclusivos y señala como invariablemente la contextura general que les caracteriza actualmente está tomada de la figura histórica del privilegio. Monopolios se llamaban todas aquéllas figuras y manifestaciones históricas precedentes de los actuales derechos del autor y del inventor y monopolios deben ser llamados hoy igualmente (238). Porque monopolio no quiere decir otra cosa que lo que significa para todos: una posición que consiste en que el titular es el único que está facultado para vender una cosa, el único que tiene poder para ofrecer el bien que constituye el objeto del monopolio y cuando se trata de un monopolio legal, que está facultado para impedir que se haga por cualquier otro una oferta de productos idénticos (239).

Si desde el punto de vista histórico resulta obligado calificar estos derechos como monopolios, la misma calificación hay que darles examinando su contenido desde el punto de vista de su función económica. Para comprenderlo así, señala FRANCESCHELLI, ha de tenerse en cuenta que en realidad la forma normal de la economía moderna tiene por base una concurrencia monopolística, hasta el punto de que puede dudarse que en el cuadro de la vida industrial y comercial de nuestros días existan empresas en las que el elemento del monopolio esté del todo ausente. Hoy cada empresa es un monopolio parcial; para cada vendedor existe un grupo de clientes que trata con él a pesar de la existencia de diferencias de precios respecto a otros vendedores, en consideración a una serie de circunstancias de prefe

rencias, de datos que favorecen la elección, en virtud de todos los cuales este vendedor es un monopolista en una categoría y zona limitada. Y es que todo elemento que diferencia los pro - ductos unos de otros ó que se constituye en factor que origine la preferencia de un empresario determinado, constituye ya un medio monopolístico, toda vez que un sistema de concurrencia - pura ó "competencia perfecta" supondría una indiferenciación absoluta de productos y de competidores; por consecuencia de - lo cual, las marcas, los nombres, los elementos, distintivos de presentación, los motivos ornamentales, etc., se manifie - tan como factores monopolísticos propiamente dichos (240). - Igualmente, las distintas modalidades del derecho de autor y - de la propiedad industrial (las patentes, marcas, manifestacion es del derecho de autor, modelos industriales, etc.), consti - tuyen verdaderos "monopolios" legales" en relación con los - productos a los que se refieren.

Pero junto a la función monopolística que corresponde a - los derechos que examinamos, cumplen también una función concur - rencial evidente. Para comprenderlo así hay que tener en cuent a que el monopolio no existe en una forma absoluta, por el am - biente en que opera ó por la posible concurrencia de productos sucedáneos. De este modo, en esa zona y respecto a tales pro - ductos, la función concurrencial en sentido estricto todavía - permanece sin alterarse. Así también, los productos patentados por ejemplo, se encuentran en concurrencia con los productos - similares, bien a su vez patentados ó ya totalmente libres. - (241). Toda invención patentada provoca inevitablemente invenc - ciones concurrentes y por consiguiente se constituye en un est - ímulo general a la inventiva (242). En cuanto al derecho de autor, se comprueba también su evidente función concurrencial al lado de su función monopolística. Es verdad que ningún lib - ro es idéntico a otro. Pero, en cambio, aquí se admite en mag - or medida la concurrencia de los sucedáneos, pues en un "gener

ro literario determinado", el público elige entre una serie de muestras diferentes y en esa elección es llevado por elementos extraños al monopolio existente que representa el derecho de autor. En las marcas, en cambio, se aprecia más la función concurrencial, entendida como medio para competir con los otros, y en cambio tiene menor relieve la función monopolística. No por eso dejan de desempeñar, tanto las marcas como los signos distintivos, la función monopolística que se deduce de su función diferenciadora. En la marca se aprecia con más intensidad su carácter monopolístico a medida que actúa con mayor eficacia como colectora de clientela e influye más directamente en la elección de un producto. La conclusión de todas éstas consideraciones es que, desde un punto de vista económico, los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial merecen la consideración de monopolios, habida cuenta de la función económica que cumplen.

El estudio de lo que fueron históricamente estas figuras y el exámen de su contenido económico conduce pues a tal conclusión; pero también se llega a ella considerando la naturaleza del poder jurídico que posee el titular y la estructura que reviste el derecho.

En efecto, al caracterizar estas figuras, -indica FRANCES CHELLI-, pronto se viene en conocimiento de que el poder jurídico que ostenta el titular es de naturaleza muy especial y totalmente diverso del que corresponde al propietario de una cosa ó al titular de otro derecho. Ya FERRARA había puesto de manifiesto en que consiste esa peculiaridad del poder jurídico -atribuido al autor y al inventor, al indicar que en ninguna de las producciones humanas la propiedad de la cosa producida se extiende más allá del momento en que se transmite esa cosa y -pasa a poder del consumidor. Así, quien a puro de esfuerzo y de aplicación de sus facultades sembró el grano, es propieta-rio de él mientras se encuentre en su dominio; pero en cuanto

lo transmita a un comprador, no conservará ya facultad alguna para impedir que el adquirente vuelva a sembrarlo ó le dé la utilización que prefiera. Esto es precisamente lo que no sucede con el derecho de autor, en el que puede observarse que el titular todavía conserva sobre el ejemplar un poder, aún después de haber sido adquirido por otro. "la sociedad reconoce que el comprador de grano, trabajando sobre trabajo ajeno, tiene el derecho de reproducirlo: y la sociedad no quiso reconocer que el comprador del libro, trabajando sobre trabajo de otro, tuviera igual derecho" (243). Es que existe en estos derechos un dato desconocido por completo en cualquier otro y desde luego en el derecho de propiedad. Ese dato consiste en que el poder del titular se extiende sobre las cosas materiales ajenas, al impedir a sus propietario destinarlas a los usos que estimen oportuno. Este rasgo a su vez no es sino consecuencia de que, lo mismo las figuras históricas que constituyen el precedente de estos derechos, que las instituciones incluídas en la propiedad industrial y en la propiedad intelectual, no tienen por contenido una "res" sino un "facere" en relación con una "res" de lo que se deduce que el poder jurídico que compete al titular es únicamente el de impedir, excluir, prohibir a los extraños el ejercicio de la actividad que a él únicamente queda reservada.

Lo cual conduce a la demostración de que, también desde un punto de vista estructural, estos derechos son figuras monopolísticas. En efecto, lo que les caracteriza es que no consisten en facultades positivas, sino en derechos de exclusión; que no proporcionan disfrute ni goce alguno de modo directo, sino en cuanto ese goce resulta del hecho de que el titular es el único que puede disfrutarlo. En resumen, pues, el derecho de autor y el derecho de las diversas modalidades de la propiedad industrial poseen la estructura típica de los derechos de monopolio. Es a saber, que el contenido del derecho -

es un "ius excludendi alios", un "ius prohibendi", pues lo que conceden no es poder hacer algo (así, el titular de una patente, de un derecho de propiedad intelectual, de un derecho sobre signos distintivos, no necesita del derecho específico de la propiedad intelectual ó de la propiedad industrial para llevar a cabo la actividad apetecida, que resulta permitida simplemente con arreglo a los principios del derecho común), sino poder impedir que otros realicen eso mismo, que es lo que constituye el verdadero contenido del derecho.

Todas estas figuras, pues, son verdaderos monopolios legales. Señala, no obstante, FRANCESCHELLI que el concepto de monopolio no hay que entenderlo a través de ninguna clase de complicadas consideraciones, sino mediante la recepción de la idea simple que desde ARISTOTELES se ha tenido de lo que es un monopolio, como aquella situación en la cual nadie más que el monopolista puede vender, es decir, en la que se concentran en una mano todas las posibilidades de oferta de un bien, individualizado, no en la especie, sino en el "genus" a que pertenece; y sin empeñarse tampoco en hacerlo estribar en la circunstancia de que el monopolista excluya a otras empresas ó realice un cierto control sobre los precios ó sobre la cantidad de los productos (244). Señala, en fin, que el que se trata de aplicar es un tipo de monopolio con todas las posibilidades de concurrencia que ofrece la sustitución y subrogación de productos y la libertad de las empresas para expender productos similares ó de imitación. La imagen que hay que tener presente para construir esta figura no es la del monopolio fiscal ó la del monopolio de grupo, sino la de monopolio de un producto de patente, de un producto de marca, de un producto de arte, que se caracterizan por encerrar en sí mismos también posibilidades de concurrencia (245). Aquí el monopolio no se deriva de una ley que lo establezca específicamente, ni tampoco de una situación de hecho, como sucede con circunstancias como la dis

tancia del mercado, el hábito de los clientes, los elementos de toda clase que posee la empresa, etc., sino que estriba en que "la producción del objeto, su diferenciación a través de un signo ó un nombre, la impresión de un libro, etc., se acompañan y asisten de un "monopolio ex lege" que deriva de un título general idóneo para constituirlo (depósito de invención ó de marca, creación ó publicación de la obra, creación y depósito del film, etc.)". (246). En razón a todas estas características, estima FRANCESCHELLI que hay que dar un concepto más amplio de monopolio que el que corrientemente viene utilizándose y construyéndose por la doctrina, principalmente por parte de los economistas. De un modo especial, muestra su disconformidad con la concepción de CASANOVA, según la cual en los derechos de monopolio la abstención se refiere a toda actividad de concurrencia en la producción, reproducción ó comercio de bienes "idénticos ó sucedáneos a los bienes monopolizados". Para FRANCESCHELLI constituye un error convertir en una nota de la figura la inclusión de los bienes sucedáneos en el ámbito de aquéllos bienes respecto a los que la actividad se mantiene reservada al titular.

Una vez expuestos en síntesis los argumentos que llevan a FRANCESCHELLI a adoptar la tesis que tan ardientemente defiende, haremos algunas indicaciones sobre el carácter y el encuadramiento que a juicio de este autor corresponde a los derechos de que se trata. Los "derechos de monopolio", a juicio de FRANCESCHELLI, deben constituir una cuarta categoría al lado de las categorías clásicas, y han de ser caracterizados con las siguientes notas: su contenido patrimonial estriba en que proporcionan al titular una fuente de ganancia a través de la exclusión de la concurrencia; su naturaleza es la de derechos absolutos, ya que crean una obligación general de abstención que se dirige "erga omnes"; finalmente su estructura esencial es la exclusión, el impedir a todos el ejercicio de la industria

y del comercio ó una actividad determinada de carácter económico, como la impresión de un libro, la fabricación de un producto. Este es el esquema general de la categoría jurídica de los derechos de monopolio, con la que probablemente, señala FRANCESCOSELLI, no se comprenden todas las figuras respecto a las cuales estaría justificado hablar, desde un punto de vista histórico, de derechos de monopolio. La formulación dogmática de esta categoría jurídica nueva exige la depuración, revisión y ampliación del concepto en relación con otras concepciones clásicas como la de FERRARA, para comprender también estos otros monopolios privados, de tanta importancia y que no fueron recogidos en la doctrina tradicional. Mientras en ella se alude siempre a la posesión de cosas parecidas a las del monopolizador ó de actividades idénticas ó semejantes a las que a él se ha reservado, aquí sólo puede hablarse de monopolio si se le da un sentido muy diferente. La construcción de FERRARA hace relación a los privilegios comerciales ó de actividad, pero no tiene en cuenta los privilegios industriales y literarios verdaderos y propios, en que el monopolio se configura referido "a un producto específico", no a una actividad genérica ó a la posesión de cosas semejantes. Y sólo de esta manera puede hablarse de monopolio a nuestros efectos" (247). El monopolio no se reduce a prohibir a los demás la posesión ó el goce del bien que constituye su objeto; y su finalidad es controlar la venta, pero no impedirle pues cuantos más compren, poseen ó gozan el bien monopolizado, más eficiente y remunerativo es el monopolio (248). De este modo se sale al paso de la objeción de ASCARELLI de que en la disciplina de los bienes inmateriales la actividad disciplinada siempre está delimitada en función de la utilización del bien. Para FRANCESCOSELLI, esta objeción fácilmente se orilla teniendo en cuenta que no es conatural a la idea del monopolio que envuelva todo un "genus" de bienes, lo que ocurre efectivamente en los monopolios fiscales. En los monopolios de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, no sucede lo mismo y en ellos la determinación

del bien a través de la especie es una condición esencial del concepto. El monopolio no contradice a la individualización del objeto, porque en los institutos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial el bien es considerado "como prototipo ó ejemplar de un "genus" limitado". Y precisamente porque no se trata de goce ó de posesión de una cosa individualizada es por lo que se plantea la cuestión de poder hablar de derechos de monopolio en lugar de derechos de propiedad (249). Como puede verse, se han introducido a través de las observaciones y de las consideraciones de FRANCESCHELLI tantas y tan importantes variantes a la noción tradicional y al concepto económico de monopolio, que existe una enorme distancia de aquéllas ideas usualmente admitidas sobre lo que es un monopolio y las que concreta y precisa ahora FRANCESCHELLI, especialmente porque de siempre ha venido constituyendo una verdad admitida que el monopolio impide a los demás poseer bienes semejantes ó sucedáneos incluso a los del monopolista (250), y, por lo tanto, la cosa que delimita la actividad reservada al monopolista es siempre una cosa genérica; y hasta esta verdad admitida tan unánimemente es rectificada por la construcción dogmática de FRANCESCHELLI.

De ahí que el propio autor se vea obligado a señalar que sólo cuando se somete al concepto de monopolio a esta serie de precisiones y de correcciones puede convertirse en una noción que sirva para incorporar y calificar a los derechos de que tratamos, aunque declare que ésta no es una construcción arbitraria y artificial, sino que viene impuesta por la necesidad de expresar suficientemente el fenómeno al que se refiere (251).

Finalmente, tiene interés hacer constar que según FRANCESCHELLI, hay que recurrir a esta nueva categoría jurídica de los derechos de monopolio ya que se comprueba perfectamente que para definir los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial son insuficientes las categorías clási-

cas. Para él el acto de elección de esta figura jurídica no puede ser arbitrario sino que ha de cumplir una condición fundamental que es que la categoría elegida explique lo que es típico de estos derechos. Los únicos derechos que ofrecen abiertamente esta explicación son los derechos de monopolio, categoría histórica bien conocida, que ha de ser adoptada en vista de la imposibilidad de utilizar para este fin ninguna de las otras categorías jurídicas tradicionales. (252).

B),- La posición de CASANOVA

Por su parte, para CASANOVA el monopolio es la única figura que contesta propiamente al problema de la naturaleza jurídica de estas instituciones. Rechaza desde luego que puedan considerarse estos derechos como poderes jurídicos que de algún modo recaen sobre la obra intelectual. El examen del fenómeno no confirma en absoluto la noción objetiva de creación intelectual, ya que ésta, considerada en sus orígenes, se revela no como una porción de la realidad objetiva, sino como "el obrar de un sujeto". Subraya CASANOVA la idea de que de no querer considerar así a la obra, como una mera actividad, es preciso contemplarla siempre incorporada a una cosa material. El Moisés de Miguel Angel, dice CASANOVA "es una cosa material - contemplable que lleva en sí la impronta indeleble del espíritu soberano y de las enérgicas manos que idearon y plasmaron las formas inconfundibles". (253). Desde el punto de vista económico, el bien que resulta de esa actividad intelectual, es decir el manuscrito, la estatua, se presentan, lo mismo que cualquier otra clase de bienes, en dos facetas ó manifestaciones: como bien directo y como bien instrumental, según nos referamos a su valor de uso ó a su valor de cambio. En cuanto bienes directos, el manuscrito, la estatua ó el cuadro sirven para satisfacer necesidades científicas y estéticas de cualquiera que los contempla ó conoce. En cuanto bienes instrumen-

tales pueden a su vez servir para la consecución de un lucro para aquél que sea su propietario, mediante la venta, la concesión de goce, ó la exposición pública. Pero esta situación primaria no nos conduce aún al derecho de autor. Para llegar a él hay que tener en cuenta que los bienes que son fruto de las creaciones intelectuales (los bienes materiales, se entiende, ya que para CASANOVA el resultado de la creación intelectual es siempre una cosa), presentan una característica específica, que es su "reproductibilidad", en virtud de la cual el manuscrito puede ser transcrito, fotografiado, impreso ó fonorregistrado, etc.. Esta característica sin embargo no es peculiar a esta clase de bienes sino a todos los bienes artificiales, de los cuales estos bienes de que se habla constituyen una subespecie. Sin embargo, hay una nota que diferencia a estos bienes artificiales de todos los demás y es que no existe relación posible en ellos entre la extremada dificultad y el alto coste a cambio de los cuales se obtiene la creación originaria, y la dificultad y los costes enormemente inferiores que lleva consigo la reproducción. Mientras el manuscrito del hombre de ciencia ó del escritor puede ser el fruto mediano de largos años de estudios y de esfuerzos, por el contrario, la copia transcrita ó impresa apenas necesita de esfuerzo ni iniciativa en comparación con el trabajoso empeño del autor.

Y esto es precisamente, a decir de CASANOVA, lo que justifica que exista la protección jurídica al autor: que si no existiese esta clase de derecho, un impresor, de acuerdo con los principios generales del derecho común, después de haber adquirido la copia de un libro cualquiera, podría sin más servirse de él para hacer una nueva edición, porque esta facultad de reproducir ó mandar copiar el ejemplar entra dentro del conjunto de poderes que corresponden según el objeto al propietario del ejemplar mismo. Del mismo modo que se puede

comprar el grano no sólo para molturarlo y hacer harina, sino también para sembrarlo y después vender la cosecha, así "del todo análogamente" se podría adquirir un libro, no sólo para leerlo, sino también para imprimirlo y comerciar con él. Y — precisamente el derecho de autor persigue y consigue el intento de "modificar esta situación jurídica en cuanto reserva al titular las ventajas patrimoniales que de la multiplicidad de las copias de la obra puedan derivar". (254).

Naturalmente esto no puede hacerse sino es a costa del propietario de los ejemplares, a quien se le priva de una de las facultades que son inherentes a su derecho de propiedad. El derecho de autor, pues, se constituye precisamente podríamos decir, con esa facultad expropiada, al propietario de los ejemplares materiales, y por eso no puede recibir otro tratamiento ni merecer otro nombre que el de un verdadero monopolio de hacer. El autor ó sus derechohabientes tienen el monopolio de la publicación, reproducción, difusión y comercio de las copias ó de los ejemplares en los que de alguna forma venga a incorporarse la creación intelectual. Como todo monopolio, también el de autor consiste en el desenvolvimiento de una actividad industrial y se concreta en una prohibición y en una exclusión absoluta de la concurrencia por parte de terceros. De ahí que la coincidencia innegable "entre derecho de autor ... y derecho de monopolio dá el golpe de gracia a la doctrina de los bienes inmateriales ó del derecho de propiedad sobre ellos" (255).

La verificación de la naturaleza monopolística del derecho se encuentra en la consideración de que en él, como en todo monopolio, la utilidad de un bien destinado al cambio y su valor correlativo varía en relación a la existencia y al número, es decir a la "rareza", de otros bienes idénticos y sucedáneos. De aquí deriva que la utilidad y, por tanto, el valor

económico de un bien de cambio, aumenta hasta tomar el valor máximo posible, cuanto más limitada ó excluida se encuentre la existencia de otros bienes idénticos ó sucedáneos. Tales limitaciones ó exclusiones de esos otros bienes idénticos ó sucedáneos pueden resultar de simples circunstancias objetivas y entonces se habla de "monopolio de hecho"; pero también pueden ser el efecto directo e inmediato de un poder jurídico específico atribuido al propietario del bien; y entonces es necesario hablar de "monopolio de derecho". Y en esto es en lo que consisten el derecho de autor y el de derecho del inventor, con respecto a los cuales se observa claramente que la razón por la que conserva el libro su precio de venta es porque se les ha prohibido a los terceros imprimirlo libremente, en concurrencia con el autor. El interés que se tutela es por tanto, un interés de naturaleza monopolística. Y en cuanto al objeto, está representado por "bienes actuales ó futuros", pero siempre materiales, no inmateriales, a saber: partidas de mercancías monopolizadas; copias de creaciones intelectuales protegidas por el derecho de autor: máquinas patentadas, etc. etc. Por eso resulta necesario introducir la categoría de los derechos de monopolio para explicar la naturaleza jurídica de éstas instituciones.

Terminaremos la referencia a esta interesante y sugestiva concepción de CASANOVA refiriéndonos al inventario de objeciones que el propio CASANOVA recoge de sus contradictores y al que replica con los razonamientos propios. De especial interés resulta recoger la objeción que formula FERRARA, de que la reproducción prohibida no hace relación al cuerpo material como sostiene CASANOVA, según se ha visto, lo que se comprueba pensando que la copia del cuadro ó de la estatua puede tener un formato diverso y el libro puede tener un aspecto materialmente diferente del que ha servido para transcribir el contenido de la obra, a pesar de lo cual la obra es la misma.

La importancia de la objeción puede comprenderse fácilmente. CASANOVA estima que la expresión reproducción debe entenderse en un sentido amplísimo y en todo caso, que aquí no se trata más que de un problema de extensión de las facultades del monopolista (256).

c).- La tesis del monopolio en otros autores italianos.

Para PUGLIATTI, el derecho al disfrute de la obra intelectual es un derecho de carácter patrimonial, respecto al que no hay duda en admitir que deberá ser clasificado entre los derechos absolutos, pero si se tiene en cuenta que su contenido se agota en la facultad de publicación ó reproducción de la obra, se puede perfectamente admitir su clasificación entre los "derechos de monopolio (257).

Otro de los autores que ha pretendido llevar a cabo una formulación general de la teoría de los derechos de monopolio aplicable a una serie muy variada de figuras, es LANDI, con su estudio sobre las concesiones administrativas con cláusula de exclusiva (258).

Estima LANDI que el monopolio no es solamente una posición económica, una situación de hecho, sino que es también un "instituto jurídico" con características propias, en cuyo análisis ciertamente no se ha empeñado con interés la doctrina. "El monopolio, como fenómeno jurídico, no ha sido configurado abiertamente" (259).

Señala que son tres las características del monopolio, - en cuanto instituto jurídico, es a saber: en primer término - representar una limitación de la libertad industrial, de tal modo que la primera noción que nos acerca al concepto jurídico de monopolio es el efecto suspensivo de la concurrencia

que produce. En segundo lugar, la expresada limitación consiste en que una determinada actividad económica, de producción ó de cambio, (aunque la operación económica esencial en el monopolio es el cambio y no tanto la producción) (260), se reserva al monopolista y se prohíbe a todo tercero. Naturalmente que cuando se habla de "monopolista" en términos generales se alude al Estado, al poder público, pero no hay ninguna dificultad conceptual en que existan monopolios a favor de particulares. (261).

Pero estas dos primeras notas son insuficientes para determinar por sí mismas sin posibilidad de equívocos el contenido y la estructura del derecho de monopolio. Después de todo, cualquier derecho subjetivo se manifiesta de algún modo - como una potestad exclusiva; también los derechos reales se concretan en una obligación general de usar de la cosa que corresponde al propietario, en definitiva de desarrollar la misma actividad que al titular del derecho le corresponde. Lo verdaderamente característico del monopolio es que en los demás derechos, las cosas se determinan en cuanto objetos "pondere, numero, mensura" mientras que cuando la cosa forma el objeto de un monopolio, designa una serie de cosas virtualmente indefinidas y numéricamente ilimitadas. Es que el objeto del monopolio es un "genus" entero, en toda la amplitud del concepto, en cuanto que comprende todos los individuos de una misma clase. En definitiva, "objeto del monopolio no es un bien determinado uti singulus, sino una categoría de bienes" (262). El objeto del derecho de monopolio, es, pues, un "genus" determinado. Por objeto de monopolio ha de entenderse lo que generalmente encierra la noción de objeto jurídico, que es, que "en toda situación jurídica ó económica se hace referencia siempre a un elemento de carácter real y material, que es la fuente de la utilidad, y respecto al cual se enciende el conflicto de los intereses" (263).

Es esencial al concepto de monopolio el que el monopolista posea la posibilidad de determinar la cantidad del producto, aumentándola ó disminuyéndola según sus intereses, ya que esto constituye su ley fundamental. Ahora bien, siendo esto - así, ya se comprende que estas posibilidades no pueden ejercitarse nunca más que respecto a aquéllos bienes que "pondere, numero, mensurare consistunt"; ó lo que es lo mismo, el objeto del monopolio no puede nunca ser una cosa singular, pues - entonces, sería indivisible, no admitiría esa posibilidad de incremento ó detrimento, que caracterizan la figura del monopolio. La concurrencia se actúa mediante la oferta, no de un bien determinado, sino de un bien del mismo género, capaz de la misma función económica. La concurrencia de un bien particular por parte de varios ya la imposibilita el instituto de la propiedad. En cambio, lo que el monopolio interfiere es la concurrencia de cosas materialmente diversas, pero que realicen la misma función económica y pertenecen a la misma clase de las cosas que el monopolista ofrece. Por consiguiente, el monopolio es una institución totalmente incompatible con el - carácter singular de la cosa monopolizada. De ahí surge el - problema de si los derechos exclusivos del autor y del inventor son ó no un verdadero monopolio, ya que puede dudarse de que la obra sea una cosa genérica, pareciendo más lógico, considerarla como un "quid" singular. Esta situación entiende - LANDI que es análoga a la de la exclusiva industrial y por - ello declara: "Nos inclinamos a la identificación conceptual de los derechos de privativa y de monopolio" (264). Finalmente LANDI completa sus indicaciones con algunas precisiones - con respecto al concepto de "genus", que estima tan fundamental en la noción del derecho de monopolio. Señala que para - que el poseedor de una clase de cosas pueda llamarse monopolista hace falta que el "genus" represente un bien que sea el único apto para satisfacer una necesidad determinada, y que -

no tenga posibles subrogados y equivalentes, ya que el que posee un género de mercancía que, sin embargo, puede fácilmente venir sustituida para la satisfacción de necesidades idénticas por otras cosas análogas, no goza de esa situación privilegiada con respecto a la demanda y de la oferta que se denomina monopolio (265). Hay dos tipos de monopolios, por razón de su objeto: uno primero, en que el "genus" como objeto de monopolio, es una clase referida a cuerpos singulares; un segundo tipo en que el "genus" se refiere, no a cuerpos, sino a actos singulares (servicios). En definitiva, surge así la doble figura del monopolio de cosas y del monopolio de servicios. Como puede verse, el trabajo de LANDI constituye uno de los esfuerzos doctrinales más interesantes dedicados a configurar el monopolio jurídicamente, si bien con respecto a esta concepción habrán de hacerse las observaciones que se consignan en otro lugar.

Nos interesa aludir por último a otro autor italiano que, con motivo de un interesantísimo estudio de la naturaleza, el objeto y el contenido de la marca, ha probado también a concretar una construcción jurídica de los derechos de monopolio, para incluir en ellos las exclusivas de los creadores. Nos referimos a GUGLIALMETTI. El terreno al que acude es uno de los que ofrecen mayores dificultades. En efecto, a nuestro juicio la noción del monopolio no puede resolver el problema de la naturaleza jurídica de estos derechos en general; pero resulta mucho más inaplicable cuando se trata de los signos distintivos de carácter mercantil, en que no existe nada que se parezca a esa reserva de un bien que satisfaga necesidades no atendibles por otros equivalentes ó sucedáneos, ni a la posición de dominio de oferta que nos describen los estudiosos del fenómeno monopolístico. GUGLIALMETTI, no obstante, elige precisamente este espinoso tema, con lo que, se vé forzado a plantearse la cuestión de si la peculiaridad que reviste una marca no imposibilita la inclusión de la misma en la categoría de los -

derechos de monopolio. Señala que, en efecto, podría decirse que el titular de una marca no posee la facultad de impedir a otros sujetos el desenvolvimiento de una actividad "igual ó semejante" a la suya, que es la idea fundamental en el concepto de monopolio; sino sólo la de prohibir la utilización de esa entidad determinada que es la marca, en el libre ejercicio de la industria ó el comercio. A esta objeción responde GUGLIALMETTI que es cierto que si se acoge la definición de monopolio que sostiene una parte de la doctrina (así, el propio FERRARA), como relación de carácter absoluto y patrimonial que permite asegurar al sujeto activo una fuente de ganancia con preferencia ó exclusión a los otros, la analogía entre ambas instituciones, el derecho sobre la marca y el monopolio, no sería más que aparente, pues mientras el monopolio permite al monopolista impedir el desarrollo de una actividad, el derecho de marca prohíbe únicamente la utilización de una entidad "específicamente determinada" (266). Esta terminante afirmación de que la marca es una cosa específica y no un "genus" debiera dar lugar, según la imagen clásica del monopolio, y los principios doctrinales establecidos por el propio LANDI, a la conclusión de que la figura del derecho de monopolio no sirve para explicar la naturaleza jurídica de estas instituciones. Pero es tal la virtud expresiva de la institución económica del monopolio, que a pesar de todo, se acude a ella, como hemos visto que hace el propio LANDI, que sienta esa afirmación de incompatibilidad radical entre el monopolio y el carácter específico de la cosa, a pesar de lo cual llega a admitir que son monopolios los derechos de los creadores. Lo mismo sucede con GUGLIALMETTI, que después de señalar que no puede admitirse que la marca constituya un "genus" porque permita su reproducción en un número indefinido de ejemplares, ya que lo reproducido es siempre la misma entidad y no cosas iguales y el sujeto sigue siendo siempre tita-

lar de una marca única y no de varias marcas diferentes pertenecientes a un mismo género, llega a la conclusión de que también el derecho de marca es un derecho de monopolio, en atención a que puede concebirse la existencia de un monopolio, no respecto a una actividad en general, sino en relación a un bien específico, como a su juicio ha demostrado FRANCESCHELLI. Hay que llegar, pues, a la conclusión de que "objeto de monopolio puede ser incluso una cosa singular" (267). Es preciso, pues, rectificar el concepto de monopolio que ha venido utilizándose tradicionalmente, en el sentido de admitir que puede recaer también sobre cosa específica y singular. Y la razón por la que GUGLIALMETTI se inclina decididamente por esta solución es que los derechos de que tratamos tienen con respecto a la propiedad la diferencia esencial tantas veces subrayada, consistente en que impiden al adquirente de la cosa que se valga de ella como crea más oportuno; y este efecto tan excepcional y extraordinaria, que representa una interferencia en la esfera dominical ajena es una nota característica que lo diversifica con respecto a la propiedad, que fundamenta la tesis de que éstos derechos constituyen verdaderos monopolios.

Esta solución, indica GUGLIALMETTI, no sólo permite evitar la construcción de una tercera categoría de derechos absolutos patrimoniales, sino que también hace posible mantener la premisa metodológica de evitar, siempre que esté a nuestro alcance, la creación de nuevas categorías de derechos. Utilizando el concepto de derecho de monopolio, en realidad no se crea una categoría nueva, sino que se hace uso de esquemas ya existentes (268).

Pero la tesis de GUGLIALMETTI tiene un interés especial para nosotros en cuanto que, aun afirmando que los derechos de que se trata han de incluirse en la categoría genérica de "derechos de monopolio" no repudia la construcción de un derecho

que recae sobre la creación intelectual. Tratando concretamente de la relación jurídica de marca, señala que el punto de referencia objetivo de esta relación jurídica es la marca como entidad inmaterial. No puede negarse que tal entidad inmaterial proporcione una utilidad determinada; el hecho de esta utilidad se aclara acudiendo a la figura de la doctrina económica de los "bienes complementarios", es decir de aquéllos bienes que deben ser combinados con otros para satisfacer necesidades. Esto es lo que sucede con el bien inmaterial que es la marca, que necesita acompañarse de otro bien para producir utilidad; ese otro bien es la cosa material, con la que sin embargo no se identifica (269). La imposibilidad de esta confusión se deduce del hecho de que la destrucción del ejemplar particular del producto contrasignado con la marca no destruye la marca misma y que después de haber sido enajenada la mercancía, el adquirente del producto, aún pudiendo revenderlo a otro, no puede transferirle la marca, lo que significa que la entidad que asume relevancia en el derecho de marca no es la cosa material misma. En esta y otras análogas consideraciones de GUGLIEMETTI, resuena un evidente eco de las reflexiones y discusiones a que se dedica la doctrina del derecho sobre bienes inmateriales, que tan rotundamente comienza él mismo por describir. Algunas de estas son tan características como la siguiente: "Sin recurrir a una entidad inmaterial es imposible justificar el fenómeno, admitido sin discusión en el campo de las marcas, denominado goce por multiplicación, es decir de la posibilidad de goce a través de la reproducción de la misma marca sobre un número indeterminado de ejemplares de mercancías". La marca ha de ser concebida como un "quid" creado a través de un procedimiento intelectual que, con independencia absoluta del ejemplar concreto de marca, ya adoptado de hecho, ó ya descrito tal como se describe en la petición de la patente, ha de considerarse como un ente ideal reproducible al infinito (270).

Ahora bien, siendo como es la entidad inmaterial marca (y generalizando podría decirse la entidad inmaterial "creación - intelectual"), el objeto de la relación jurídica, sin embargo distingue GUGLIELMETTI entre objeto inmediato y objeto mediato de dicha relación jurídica. El objeto inmediato del derecho de marca ("rectius", punto de referencia del derecho) es la entidad inmaterial. Por el contrario, objeto mediato del mismo es cualquier palabra, figura ó signo reproducida en concreto so - bre un ejemplar del producto y que constituye el instrumento - material de satisfacción de la necesidad de distinguir. Es que objeto, mediato es siempre una cosa material en cuanto que es el instrumento a través del que el sujeto activo de la rela - ción jurídica puede satisfacer una necesidad dada, que es por lo que en el derecho de obligaciones, mientras el objeto inme - diato es -opina GUGLIALMETTI- la prestación del deudor, el ob - jeto mediato consiste en la cosa material de cuya posesión el acreedor espera obtener la satisfacción directa de su necesi - dad. Este objeto mediato es necesario para la constitución de la relación misma, hasta el punto de que en defecto de un - ejemplar por lo menos de marca no podría hipotetizarse la enti - dad inmaterial marca. Para GUGLIALMETTI, no es requisito indis - pensable de la noción de objeto, ni que estribe en una cosa, ni que tenga carácter corporal ó material (271).

He aquí pues, una construcción dogmática de la tesis del derecho de monopolio, estrechamente emparentada con la técnica constructiva y el aparato conceptual de la teoría de los "bie - nes inmateriales".

Con lo expuesto, no se ha agotado de ningún modo la cita de los autores para quienes los derechos que estudiamos son mo - nopolios legales ó monopolios privados, ni se ha realizado una exposición exhaustiva de la tesis, pero creemos que las indica - ciones anteriores sirven para expresarla cuando menos en sus -

líneas generales y en la variedad de sus construcciones dogmáticas posibles.

Consideraciones críticas con respecto a la doctrina de los "derechos de monopolio".

26. Si la doctrina de la propiedad podía defenderse de cualquier objeción amparándose en la plasticidad del concepto del dominio, que parece invitar a dar de lado su inadecuación técnica, por su parte la teoría del derecho de monopolio presenta ante sus contradictores una gran virtud: su simplicidad, su fuerza explicativa. Según ella, no hay para qué recurrir a fórmulas intrincadas, teniendo al alcance un instituto hecho a la medida del fenómeno. El autor, el inventor, el titular de medios distintivos pueden hacer algo que a los demás les está prohibido en el campo de la concurrencia. Y como eso quiere decir que poseen una situación monopolística, el derecho que la ampara no necesita ser construido a través de ninguna de esas soluciones tan complejas; es lo que su contenido indica: un "derecho de monopolio", es decir, un derecho subjetivo a disfrutar de una posición monopolística en el mercado.

Sin embargo, aquí vendría a colación lo que suele aplicarse a algunas demostraciones que prueban demasiado. La tesis del monopolio es demasiado explicativa, es una posición que se sirve de un método descriptivo de extraordinario valor para reflejar la realidad y captar los hechos fielmente, pero en cambio en la interpretación jurídica de esos hechos, en la construcción de una categoría dogmática, la de los derechos de monopolio es una tesis que no nos parece posible admitir.

Lo primero que tendremos que preguntarnos es si el monopolio que poseen los creadores se deriva efectivamente de un "derecho de monopolio". No se trata aquí de un juego de palabras. Autor tan caracterizado como FRANCESCHELLI acepta este mismo -

planteamiento . Después de considerar demostrado que estos derechos constituyen verdaderos monopolios desde el punto de vista de los criterios que proporciona la economía, se formula la verdadera cuestión: "Con esto, sin embargo, no hemos querido - decir que -estos derechos- hayan de colocarse sin más en la categoría histórico-dogmática de los "derechos de monopolio", - categoría que, especialmente floreciente en otras épocas y en otras economías (por ejemplo en las economías coloniales). contenía sin embargo poco más que un conjunto de figuras venidas del pasado, salvo para estos nuestros institutos, que se quisieron encuadrar en ella por algunos". "Mientras en verdad la primera calificación (de monopolios) respecta a la función, esta otra (el encuadramiento de los derechos en sentido técnico) mira en cambio a la estructura. Y la una conclusión no basta y - no vale por sí sola para justificar la otra". (272).

Está dicho, pues, de este modo que los derechos de que - tratamos podrían constituir desde un punto de vista económico un monopolio propiamente hablando, y sin embargo no pertenecer a esa pretendida categoría de los "derechos de monopolio" en que ahora se les quiere encuadrar.

Porque lo primera que ponemos en duda es que la de "derechos de monopolio" sea una verdadera categoría de derechos subjetivos. El derecho subjetivo, como indica DABIN, representa - el señorío sobre un bien determinado, que se encuentra en una relación de pertenencia con respecto al titular (273). De ahí que la clasificación de los derechos subjetivos deba tomar en cuenta, como datos esenciales, según este autor, la clase de - señorío que concede el derecho (división de los derechos por - su contenido) y la naturaleza del bien sobre el que recae (clasificación de los derechos por su objeto), que son elementos - de influencia recíproca en la configuración de los distintos tipos de derechos subjetivos que puedan establecerse. No cabe que el derecho conceda la misma clase de poder jurídico sobre

una "cosa" que sobre una "prestación". Pero en los dos casos, el titular tiene un señorío sobre esa parte de la realidad que es el objeto del derecho y recíprocamente se coloca a otras voluntades en una situación de sometimiento, que reviste distintas formas y matices. Así es como se justifica desde su esencia misma la función delimitadora que corresponde a esos dos elementos fundamentales del derecho subjetivo que con el contenido y el objeto. Ambos demarcan y determinan con toda precisión la zona de lo "prohibido" ó de lo "exigible" a los demás, pero esa delimitación no es más que un efecto reflejo de la proclamación del señorío del titular sobre el bien que le pertenece. El derecho subjetivo no es una institución destinada directamente a señalar qué es lo que a los ciudadanos se les exige ó se les prohíbe. Esa es función que cumple directamente, no el derecho subjetivo, sino el sistema de deberes, obligaciones y limitaciones legales que contiene el ordenamiento jurídico, destinado a salvaguardar intereses públicos y también privados por otro medio distinto del de atribuir a una persona un poder jurídico sobre un bien, para la defensa de un interés propio, que es lo que caracteriza al derecho subjetivo (274).

Aquí, los elementos esenciales del derecho subjetivo, es decir el contenido y el objeto, no son en sí mismos elementos delimitadores, meros puntos de referencia para la determinación de la zona de lo "prohibido-exigible", sino que realizan esa función de acotar el sector de actividad que queda excluido a todos los otros que no son el titular mismo, como medio auxiliar indispensable para conseguir que el titular del derecho tenga lo que le corresponde, para darle precisamente "lo que es suyo" (275). De ahí que podrá aceptarse la afirmación de que un derecho subjetivo no se define nunca por lo que permite al titular, sino por lo que prohíbe ó exige a los extraños, pero ello será a condición de puntualizar en cambio que el núcleo esencial del derecho es siempre positivo y no negativo, de disfrute, disposición, apropiación, aprovechamiento de un determinado bien y

no de exclusión, prohibición, exigencia a los extraños, aspectos todos que tienen sólo el valor de elementos estructurales de carácter instrumental, para hacer posible el señório que el derecho subjetivo traduce.

Esa es la razón por la cual la delimitación de la zona de lo "prohibido-exigible" no está confiada a uno solo, sino a esos dos elementos del derecho conjuntamente: al contenido y al objeto. La delimitación de esa zona no puede quedar únicamente reservada al contenido, porque si se hiciera así, se estaría definiendo una limitación ó una obligación legal, pero no un derecho subjetivo, en el que la referencia objetiva es tan indispensable como que define el elemento real del señório en el que consiste el derecho. En definitiva, el derecho subjetivo implica la determinación de la zona constituida por todo aquéllo que a los terceros les está prohibido ó se les puede exigir; pero esa determinación no tiene valor propio, sino que a su vez persigue definir y completar el poder jurídico que al titular se le otorga.

Si consideramos ahora cuales son los cometidos que en esa delimitación del poder jurídico y de la zona de lo "prohibido-exigible" corresponden al contenido y al objeto del derecho subjetivo, observaremos que su indicación puede hacerse en pocas palabras: al contenido le compete la enunciación del elemento típico; al objeto, la del elemento real de esa zona acordada. El contenido describe el tipo de facultades que se poseen y por lo tanto, proporciona los criterios indispensables para un juicio de calificación; el objeto, en cambio, singulariza esa fórmula genérica, refiriéndola a una parte dada de la realidad exterior, proporcionando así los criterios precisos para un juicio de identidad.

La limitación de lo "prohibido-exigible" resulta, pues, de la utilización conjunta de los dos criterios, el que contiene

ne la fórmula típica y el que ofrece el dato real.

Se comprende de este modo la razón de que la función delimitadora no pueda ser asumida únicamente por el contenido del derecho subjetivo, que es elemento de señorío del titular sobre una parte de la realidad exterior; a la especificación de ésta realidad debe, por tanto, dejársele aún una tarea delimitadora, para que el derecho sea un verdadero derecho subjetivo; ó lo que es igual, la enunciación de las facultades que posee el titular no puede hacerse sino mediante fórmulas típicas, que sean suficientemente expresivas del grupo ó género de facultades que se confieran, pero que resulten por sí mismas insuficientes para agotar la delimitación de lo "prohibido-exigible". Sostener otra cosa equivale a afirmar que pueden existir derechos sin objeto, lo que constituye una proposición que debe rechazarse. A la luz de estas consideraciones puede apreciarse cuál es la razón fundamental por la que no es admisible esa nueva categoría jurídica que se propone de los "derechos de monopolio": es que no es posible configurar un derecho subjetivo que se construya solo con exclusiones, con elementos negativos, que es en lo que se dice que consisten estos "derechos de monopolio". Si en el contenido figuran únicamente facultades de exclusión, derechos prohibitivos para los terceros, entonces se define una limitación legal, pero no un derecho subjetivo que recaiga sobre un bien sobre el que manifiesta un señorío el sujeto, lo que exige una construcción positiva, de dominio, disposición, apropiación ó pertenencia de ese bien determinado. Y es que no hay otro modo de configurar los derechos de los creadores como derechos subjetivos, que estimándolos recayendo sobre la obra creada; y cualquier otra concepción se acerca peligrosamente a las ideas superadas de LABAND ó GERBER, que reflejan un parentesco indudable con la tesis del monopolio que ahora se afirma y precisamente por esa misma razón (276). De esta insuficiencia fundamental

adolece, por tanto, cualquier solución que se aplique a la construcción de los "derechos de monopolio" de que se viene hablando. En cualquiera de ellas puede observarse que se utiliza, si formalmente la estructura de los "derechos subjetivos" para definir esta pretendida categoría nueva. Se encomienda también la delimitación de la zona de lo "prohibido-exigible" a dos elementos concurrentes: un contenido en que se describen típicamente las facultades del titular, y un objeto, de cuya descripción resulta la delimitación real de esa zona. Pero el resultado de ese esfuerzo de construcción no es un derecho subjetivo propiamente hablando, a pesar de que la institución esté dotada de esa apariencia formal. La falta de un verdadero aspecto positivo -en cuya exclusión tanto empeño pone la teoría del monopolio- imposibilita la determinación de un objeto de derecho que merezca el nombre de tal, y en su lugar se colocan meros datos delimitadores del "ius prohibendi", no verdaderos bienes sobre los que el titular ejerza señorío de ninguna clase. Se comprende, pues, cuánto más lógica es la construcción por ejemplo de CHAPELLI, que considera que estos derechos carecen de objeto alguno (277).

Es preciso reconocer que sólo para gozar del derecho derivado de su creación intelectual es para lo que recibe el autor ó el inventor ese "ius prohibendi" que, por tanto, no es otra cosa que el expediente jurídico que hace posible el señorío sobre la obra a que se reduce esencialmente el derecho del creador (278). El lado excluyente garantiza y asegura el aspecto positivo, es el punto de vista desde el que se aprecia lo que hay en ellos de señorío sobre un bien que se declara perteneciente al titular. La exclusividad es una nota derivada, un rasgo instrumental del derecho de autor: una exigencia al servicio del goce de la creación intelectual (279).

Al no aceptarlo así el empeño tropieza con todas esas di-

facultades constructivas que tiene que vencer la teoría de unos "derechos de monopolio". Sus precisiones son perfectas mientras discurren en el campo de los datos económicos, pero se revelan como insuficientes ó como artificiosas en cuanto rebasan esa esfera y se dirigen a definir el derecho estructuralmente, sirviéndose de la técnica clásica del "derecho subjetivo". Ya hemos aludido a la variedad de soluciones que ofrece la doctrina para resolver el problema del objeto de ese pretendido "derecho de monopolio". Incluso la fórmula que parece más sencilla -la de FRANCESCHELLI- se nos muestra insegura, llena de imprecisión y arbitrariedad. Se nos viene a decir -porque este espinoso tema de las relaciones entre el contenido y el objeto del derecho no es el punto en que la concepción de FRANCESCHELLI se manifiesta más explícita- que el contenido del derecho es la facultad de excluir a otros de una actividad económica que se determina por su referencia a la creación intelectual, y que el objeto es esa misma actividad de la que los demás aparecen excluidos. Pero esto equivale a representar un derecho sin objeto, pues en esa fórmula todas las precisiones capaces de lograr la delimitación del poder jurídico y la acotación del ámbito de lo "prohibido-exigible" se encuentran ya incorporadas a la descripción de las posibilidades jurídicas del titular es decir, a la definición del contenido del derecho, sin que reste ya ningún espacio real que deba ser acotado además por referencia objetiva alguna.

Por lo demás, el propio método que se utiliza para construir la categoría propuesta no resulta el más adecuado. Parecería lógico que todas estas doctrinas partieran de la figura del derecho de autor y del derecho del inventor, ya que éstas son genuinamente las que podrían representar la categoría, en cuanto que son verdaderos derechos subjetivos como nadie niega. Y luego, una vez delimitada y construida esta categoría referible a los derechos del autor, del inventor y del usuario de -

signos distintivos, es cuando la doctrina podría aspirar a hacer extensiva la figura que se describiese a otras manifestaciones ó modalidades del monopolio, como los monopolios legales, de índole fiscal administrativa ó política, e incluso las concesiones administrativas con cláusula de exclusiva, a que nos referiremos después, y aún todo esto, con la dificultad que supondría siempre pretender que sirviera también como interpretación conceptual de estas otras instituciones, una categoría de "derechos subjetivos". Pero en lugar de proceder de este modo, la teoría del derecho de monopolio actúa a la inversa. Examina y trata de asimilar en una teoría sistemática el fenómeno de los monopolios legales y de las concesiones en exclusiva otorgadas por la Administración y la figura, que resulta de ese análisis es la que después se quiere aplicar a los derechos de que tratamos. En resumen, viene a entenderse que estos derechos son modalidades ó manifestaciones concretas de una figura más general que comprende manifestaciones tan dispares como son las que han sido ya citadas. Pero lo que no se comprende es como puede convenir la misma figura y la misma definición al ejercicio de potestades públicas y al de derechos subjetivos privados (280).

Sin embargo, la razón de que se proceda de este modo a nuestro juicio es obvia: es que no se está definiendo una institución jurídica; se está describiendo en lenguaje jurídico una situación económica y por eso la fórmula adoptada sirve lo mismo para encuadrar figuras tan desiguales jurídicamente como son la situación de monopolio en que puede encontrarse el Estado, como consecuencia del ejercicio de sus prerrogativas de poder, las posiciones que pueden surgir ante el mercado como consecuencia de simples situaciones de hecho, y la prerrogativa que tiene el autor ó el inventor por efecto de un derecho subjetivo privado con fisonomía propia. Pero no es ésto sólo; es que también se desea aplicar esa misma figura y esa misma defi

nición a otra institución que la doctrina estudia con el nombre de "monopolio de hecho", que es la concesión administrativa en la Administración se compromete a no otorgar en lo futuro otras concesiones que puedan implicar una concurrencia en relación con la actividad del primer concesionario. La figura de las "concesiones con cláusula de exclusiva" tiene una fisonomía muy peculiar, ya que en ellas el concesionario no posee un derecho subjetivo frente a los terceros, sino sólo contra la Administración concedente (281). No se quiere aplicar sólo a los monopolios legales y a los derechos de autor y de la propiedad intelectual, la categoría nueva, sino que además quiere también hacerse extensiva a estas otras posiciones privilegiadas de naturaleza tan especial constituidas por las concesiones administrativas en que la Administración adquiere el compromiso de conservar como exclusiva la concesión que ha otorgado.

Precisamente la construcción de un concepto omnicomprensivo del monopolio es lo que caracteriza, por ejemplo, la obra de LANDI a la que nos hemos referido con anterioridad. La construcción de LANDI es verdaderamente sugestiva y tiene sobre todo una laudable intención sistemática. Pero como siempre que trata de reducirse a conceptos jurídicos el fenómeno del monopolio, se utilizan en ella criterios descriptivos que resultan de una gran eficacia indicativa de la realidad, que no dudamos que expresarán de un modo bastante preciso el fenómeno general del monopolio, pero que a nuestro juicio no pasan de ser imágenes aproximativas y orientadoras; la explicación del fenómeno utilizando un lenguaje jurídico.

Ya se ha visto cómo para LANDI la figura jurídica del monopolio se caracteriza como la limitación de la libertad industrial consistente en que una determinada actividad de producción ó cambio en relación con toda una categoría de bienes queda reservada al monopolista y prohibida a todo tercero. La fórmula, tiene un alcance descriptivo, y en eso mismo estriba su

valor. Pero lo que hay que negar es que con ella esté definiéndose una categoría de derechos subjetivos, como institución - dentro de la cual haya que incluir todas esas figuras a las que nos hemos referido ya, junto con el derecho de autor y el del inventor. Evidentemente, el de construir una categoría jurídica de derechos subjetivos, no es concretamente el propósito declarado por LANDI (282). Más aún, la figura que está definiendo comienza por estimarse como una "limitación de la libertad industrial", derivada del ejercicio de las prerrogativas públicas y su carácter descriptivo y no rigurosamente técnico en el sentido que hablamos se deriva del hecho de que quiere aplicarse a la concesión con cláusula de exclusiva, es decir, a aquella institución en que el concesionario se encuentra efectivamente en una situación económica de monopolio, pero en cambio no posee derecho subjetivo alguno cuyo contenido sea el monopolio, sino un simple derecho personal frente a la Administración (283). - Ya esto quiere decir bastante con respecto al valor de la construcción propuesta; porque si el esquema que se indica por LANDI conviene también a las situaciones monopolísticas que no constituyen el pretendido derecho de monopolio, eso significa que con ella no se ha definido una categoría jurídica, sino sólo una situación económica que en ese esquema aparece descrita sin consideración a cuál sea su origen ni su estructura desde un punto de vista jurídico (privilegio, negocio jurídico, meras circunstancias de hecho, monopolio legal, derecho de autor)

Aún no siendo, pues, directamente la intención del autor, según nosotros la interpretamos, la construcción de una categoría de derechos subjetivos, sin embargo es lo cierto que en la figura que se describe estima comprendidos también los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, como ya hicimos constar en su momento oportuno (284). Y claro está, entonces es necesario verificar si ese esquema sirve como imagen de un derecho subjetivo propiamente dicho.

A tal fin, ha de recordarse que como en otro lugar hemos indicado, para LANDI, el objeto del derecho es un "genus", es decir, toda una categoría de bienes: el tabaco, la sal. El contenido, en cambio, -aquéllo que el titular puede hacer ó exigir- es la realización de una cierta actividad económica en exclusiva (285).

La idea esencial parece ser, por tanto, que el contenido del derecho está integrado a la vez por un "facere lícere" y un "vetare lícere". Lo que el titular puede hacer es realizar una cierta actividad económica; y lo que puede impedir es que esa actividad la desarrollen los demás. Pero claro está, con eso sólo no puede quedar configurado el contenido de ningún derecho, que ha de trazarse si, en una fórmula típica, como hemos indicado, pero que no puede ser tan general e indeterminada que no acote espacio alguno en la zona de lo "prohibido-exigible". Decir de alguien que tiene derecho exclusivo a realizar una actividad económica no es decir lo que puede hacer, ni siquiera aunque se añada que esa actividad económica consiste en una actividad de producción y cambio. Sigue sin quedar definida facultad alguna a favor del titular del derecho. Y sin embargo, cuando aún el núcleo esencial de la figura se encuentra en tal indeterminación, se abandona la tarea de precisar el contenido y se pasa ya a indicar el objeto del derecho, es decir, se pasa a dotarle de una última delimitación real, sin haberle proporcionado la determinación típica. Se cierra, pues, la descripción de la figura mediante la referencia de esa actividad a un "genus", a toda una categoría de bienes, que constituiría el objeto del derecho, en cuanto clase entera, compuesto de cuerpos singulares. Pero puede observarse que ese "genus" que se presenta como el elemento objetivo, no es la realidad sobre la cual recae señorío jurídico alguno; sino un simple dato delimitador que necesita para su propia definición el contenido del derecho y que por lo tanto mal puede reservarse para integrar con él el objeto jurídico, si es que al referirnos a

la idea de objeto mencionamos la realidad sobre la que recae un señorío y no un simple punto de referencia.

Cuando se dice que la actividad reservada hay que referirla a un bien genérico, indicando con ello que éste es el objeto de las facultades descritas, no se usa sino una expresión metafórica (286). Versar sobre un bien genérico es un modo muy peculiar de recaer la facultad que se describe. Es sólo indicar la propia actividad de que se trata, aquéllo en que esencialmente consiste. Poseer el monopolio del gas no es tener una facultad de producción y venta que recae sobre el gas, como bien jurídico; significa estar facultado para impedir que nadie realice una actividad semejante a la que se ha concedido al monopolista, y sólo interesa la mención de ese producto denominado gas, para delimitar y conocer perfectamente cuáles son las actividades que han de ser calificadas de semejantes, lo que nos está diciendo a las claras que éste es un elemento del contenido, en cuanto que a lo que contribuye es a dar criterios para la formulación del juicio de calificación, y no un elemento objetivo que debería proporcionarles para la emisión del juicio de identidad. La mención del gas aquí representa, en fin, no el objeto sobre el que la actividad reservada ó el "ius prohibendi", versa, sino el dato que define la clase de actividad que constituye el contenido del monopolio.

Y es que el monopolio es siempre una situación, una posición económica, resultante, ó de las circunstancias de hecho, ó de limitaciones legales, ó del ejercicio de prerrogativas administrativas, ó de verdaderos hechos subjetivos, que por eso mismo son otra cosa antes que ser monopolios: son señoríos jurídicos sobre parcelas de la realidad, sobre verdaderos objetos jurídicos sometidos a un poder del titular; como en el caso del pacto que incluye una cláusula de no competir, que se traduce en el señorío de un acreedor sobre el comportamiento de un deudor; ó en los consorcios económicos, que igualmente se resuelven en prestaciones personales, ó en el derecho de los

creadores, que se sustancia en un señorío del autor sobre su obra. Todas estas figuras y otras más -así como una serie de situaciones de hecho- originan posiciones monopolísticas, es decir situaciones económicas en mayor ó menor grado suspensivas de la concurrencia. Pero lo que no existe es un "derecho de monopolio", como situación jurídica primaria a la que se acceda directamente sin la mediación de otra situación jurídica, con fisonomía propia, que facilite el camino. No se dice nada diciendo de alguien que tiene un monopolio, para cuya determinación, por cierto, hacen falta tantas precisiones y datos. No existen situaciones generales, situaciones típicas de monopolio, desde un punto de vista jurídico (287). Existen posiciones monopolísticas concretas, delimitadas en función de la clase de interés que garantizan, del fundamento que tiene la protección otorgada, de la forma que adopta la tutela. En resumen, por tanto, el monopolio ó es una situación de hecho, ó es el contenido económico de una institución jurídica e incluso de un derecho subjetivo, que entonces se sirve, para garantizar a un titular el señorío sobre un bien que le pertenece, de instrumentos y expedientes de protección tales, que su juego resulta en la realidad una posición monopolística concreta y determinada.

Por eso, en fin, tampoco puede dar por resuelta satisfactoriamente la pretensión de crear los "derechos de monopolio" de que se habla, como una categoría de derechos subjetivos, la concepción de otro autor italiano, del que hemos hablado ya y que acumula en su empeño nuevos elementos construccionistas: GUGLIALMETTI. Ya hemos apuntado que GUGLIALMETTI, llega a la tesis del monopolio después de dudas y vacilaciones y vencido, según declara, por la consideración de ese efecto ó interferencia en la esfera dominical ajena que tiene siempre esta clase de derechos. GUGLIALMETTI continúa en la línea de quienes estiman superada la dificultad que podría oponerse a la considera-

ción de estos derechos como monopolios, consistentes en que recaen sobre cosa singular, pero dentro de esta dirección ad quiere una posición propia. La peculiaridad de su posición - consiste en que GUGLIALMETTI construye una figura de derechos de monopolios que no recáen como ya es clásico, sobre una actividad determinada; ni tampoco, como esa teoría depurada del monopolio nos ha enseñado en LANDI, sobre una cosa, que en lu gar de ser específica es puramente genérica, es decir, sobre un "genus" ó clase entera de cosas singulares; sino sobre una cosa específica, sobre la creación intelectual considerada como un "quid" singular, que no puede hacerse en absoluto equivalente a un puro "genus" y que tiene un carácter inmaterial. Por consiguiente, la posición de GUGLIALMETTI, ha de destacarse como un intento de la doctrina de utilizar la pretendida categoría jurídica de derechos de monopolio en sustitución de las otras que la teoría ha venido utilizando, pero con la par ticularidad de que sin embargo prácticamente esta posición in curre en el mismo planteamiento que la doctrina del derecho - sobre bienes inmateriales. Lo único que cabe preguntarse ante eso es si no resulta más fácil que acudir a utilizar como categoría jurídica una institución económica, aceptar que existen unos derechos de naturaleza y características especiales, que tienen por objeto propio una creación intelectual, sobre la que el titular, como autor, manifiesta una gana de faculta des muy diversas en consonancia con los distintos aspectos y facetas que ofrece ante el derecho la obra intelectual. Nos pa rece más sencilla y admisible y responde con una fidelidad mayor a la realidad misma esta otra construcción en la que el au tor aparece como titular de un señorío jurídico sobre la obra creada, que ejercita en todas la intensidad de las manifesta ciones y reflejos que este poder jurídico tiene, en consonan - cia también con la variedad de matices y de aspectos que refle ja la obra; pues en efecto ésta puede evidentemente contemplarse en cuanto realidad valiosa ó por el contrario como posibili dad de realidades futuras.

TEORIAS MONISTAS

1).- Indicaciones terminológicas y características general.

27.- Frente a las concepciones que hemos estudiado hasta aquí, que se caracterizan por que las soluciones y construcciones que propugnan son aplicables de modo exclusivo a las facultades que corresponden a los creadores en el aspecto económico y patrimonial, toda vez que consideran que las de índole espiritual ó moral integran el derecho de personalidad de autor ó "droit moral", figuran otra serie de posiciones doctrinales que sustentan, por el contrario, la necesidad de construir como manifestaciones de un derecho unitario todas las facultades que corresponden al autor, tanto en el orden personal como en el aspecto económico. Bien podría decirse que ésta es la construcción monista del derecho de autor es la respuesta más moderna de la doctrina, y también, a nuestro entender, la más aceptable.

Ahora bien, es preciso hacer algunas aclaraciones terminológicas. En efecto, se observa el equívoco de que en algunos autores las posiciones que vamos ahora a considerar se califican como dualistas, en el sentido de que admiten que el derecho está integrado por dos clases de facultades, los constituyen dos facetas diferentes, la personal y la patrimonial. Se habla por eso de la construcción del derecho de autor como un derecho "doble", compuesto de facultades personales y patrimoniales. Así puede comprobarse en el interesante trabajo de ALMEIDA SANTOS, sobre derecho de autor, en el cual estas posiciones a que nos referimos denominan "concepciones dualistas". Puede verse, sin embargo, la coincidencia del concepto con el que nosotros atribuimos al "monismo" en las siguientes palabras:

"Por conseguinte, já en razão da específica natureza da obra de arte, a um tempo manifestação do espírito e elemento do patrimônio; já em consideração da regulamentação positiva do direito de autor, da qual constam facultades de ordem pessoal e de ordem patrimonial; e ainda tomando em conta a sua evolução

histórica e a corrente doutrinária que vimos ser predominante -
não nositamos em afirmar que o direito de autor é constituído -
por uma dúplici ordem de facultades ou prerrogativas de carde-
ter pessoal umas e patrimonial outras" (288). Se aprecia clara-
mente que lo que se propugna, al considerar el derecho como una
sola figura integrada por facultades personales y patrimoniales
es una construcción unitaria ó monista del derecho de autor, -
aunque lo que se resalte sea precisamente su dualidad de aspec-
tos ó sectores, lo que en definitiva se resuelve en que no se -
trata de dos derechos diversos -un derecho moral y otro de con-
tenido económico-, sino de un derecho único, con dos vertientes
separables. Análoga es la posición de RODRIGUEZ ARIAS, que en -
su conocido trabajo sobre la naturaleza jurídica del derecho de
autor, clasifica como doctrinas dualistas las que nosotros in-
cluimos dentro del "monismo" (289). Es más, una de las últimas
manifestaciones legislativas de la protección del derecho de au-
tor, y de las más completas y satisfactorias que han podido el-
borarse, es la ley francesa de 11 de marzo de 1957, que realmen-
te ha supuesto un verdadero avance en la ordenación de los cuan-
tiosos intereses de todo este sector. La ley francesa llega a
una concepción que parece oportuno calificar como monista, al -
declarar en su artículo primero que "el autor de una obra del
espíritu goza sobre ella, por el solo hecho de su creación, de
un derecho de propiedad incorporeal, exclusivo y oponible a todo
que comporta los atributos de orden intelectual y moral, así co
mo los atributos de orden patrimonial, que se determinan en la
presente ley", Y sin embargo, DESBOIS, autor del prefacio de la
obra de GAVIN sobre derecho moral de autor, declara abiertamen-
te que "el legislador francés ha optado resueltamente por la -
concepción dualista". (290). El propio GAVIN dá ésta misma in-
terpretación a la tesis sustentada por la ley francesa de 1957.
Puede verse con esto que nuestra expresión "doctrinas monistas"
equivale al término "concepciones dualistas" que estos autores
emplean. Estimamos sin embargo, más apropiada la calificación -

que incluimos nosotros, que es además la que viene usándose en la moderna doctrina alemana representada por ULMER, FIKENTSCHER RINRELEN, etc.

Es cierto que el "monismo", sin perjuicio de incluir todas cuantas facultades corresponden al autor como el contenido de un derecho subjetivo, unitario, sin embargo distingue generalmente entre las facultades de índole moral y las de carácter pecuniario ó patrimonial. Unas y otras no pueden confundirse, como señala GAVIN refiriéndose a que ese "estado de mezcla inseparable" que según ULMER se produce entre prerrogativas de una y otra clase, no debe constituir un obstáculo que se oponga a toda distinción de unas y otras.

Es que lo que caracteriza a las posiciones monistas no es el absoluto desconocimiento de esa diferenciación, ni siquiera la ignorancia de la división misma del núcleo esencial del derecho en dos manifestaciones diferentes, de índole personal y de carácter patrimonial. A estos efectos es bien significativa la imagen que emplea como ilustración de su pensamiento el propio ULMER (291).

En definitiva, constituye la característica común de todas las doctrinas que incluimos dentro del monismo, la interpretación unitaria de cuantas facultades y derechos posee el autor, que no son más que derivaciones, manifestaciones y modalidades de una figura única. Podrán reconocerse en ella sectores diferentes de prerrogativas, distintos grupos de facultades. Pero es después de admitir que forman parte de un derecho subjetivo que ha de construirse de forma unitaria; todas ellas no son más que la manifestación del señorío jurídico que corresponde al autor sobre su obra, los medios para hacer efectivo y garantizar ese señorío y ese poder de disposición en todas las manifestaciones y referido a todos los valores que la obra representa para el autor.

Dentro de las doctrinas monistas estudiaremos de un modo especial, en primer lugar la teoría de los derechos de personalidad; en segundo término las posiciones que consideran en cierto modo la protección del derecho de autor y del inventor como vinculadas a la tutela del trabajo; y finalmente las manifestaciones modernas de la tesis, sobre todo en la doctrina alemana.

2).- Teoría del derecho de la personalidad.

28.- Incluimos en este grupo de posiciones la teoría del derecho de la personalidad, porque en efecto se traduce en una concepción unitaria, ya que cuantas facultades corresponden al autor las estima puramente derivadas de la protección a su personalidad, exteriorizada y extendida a la protección de su obra. Pero con eso sólo ya puede comprenderse que existe una diferencia fundamental entre la doctrina del derecho de la personalidad y otras posiciones monistas a las que luego nos referiremos. La diferencia estriba en que la primera de ellas es una posición dedicada a exaltar y dar primacía sobre toda otra clase de manifestaciones al aspecto personal del derecho de autor. No contempla, por consiguiente, la totalidad de las facultades derivadas de este derecho como manifestaciones diversas, de índole distinta, de un derecho único, que se componga de dos aspectos diferentes; sino que de todas ellas destaca es aspecto moral, al cual se vinculan las restantes que considera puramente derivadas y secundarias. Por el contrario, las posiciones monistas más recientes constituyen la definición de la naturaleza doble, personal y patrimonial, del derecho.

Se ha recordado que en definitiva esta posición tiene su precedente en KANT, para quien el derecho de autor no es sino la manifestación del derecho de la personalidad consistente en la posibilidad de impedir que otro le haga hablar en público sin su consentimiento (292). Ha sido GIERKE quien dió una for-

mulación general a esta tésis, que constituyó la otra construcción alternativa del derecho de autor, junto a la teoría del derecho sobre bienes inmateriales, una vez superada la concepción del derecho de propiedad (293). Para GIERKE, el objeto del derecho de autor es una obra intelectual ("Geisteswerk"). "Este objeto es una obra espiritual que, gracias a su individualización, tiene una existencia especial; gracias a su fijeza exterior, una existencia independiente, y gracias a su condición de bien incorporeal, un valor propio". (294). La obra intelectual, sin embargo, no es objeto del derecho de autor en su totalidad, sino únicamente y en tanto que es y permanece como bien personal de su autor. Esta es la razón que funda GIERKE su conclusión de que se trata de un derecho de la personalidad. En efecto, el autor tiene un señorío sobre su obra, pero no sin más, ni siquiera en consideración a que ésta es una criatura suya; sino en tanto en cuanto se encuentra dentro de su esfera personal. Por eso el ámbito de derecho de autor se extiende hasta donde alcanza la pertenencia de la obra a la esfera de la personalidad del autor y se extingue totalmente más allá de ese límite, cuando ya la obra se ha hecho una entidad independiente de él, sobre la que no sería justo que ejerciese dominio alguno. Por eso en la teoría del derecho de la personalidad de GIERKE es preciso distinguir entre tres sectores fundamentales: el derecho de autor, el derecho del inventor, y el derecho del usuario ó titular de signos distintivos de carácter mercantil, ya que en cada una de estas parcelas la relación en que se encuentra la obra con respecto al autor es distinta, y en atención a esta diferencia de grado, también el derecho toma modalidades propias y diferentes. El derecho lo que protege aquí es la personalidad del autor, pero como esta personalidad se refleja en cada uno de los tres casos de modo diverso, por eso es por lo que adquiere peculiaridades distintas en cada uno de ellos.

La obra intelectual y artística es la que proyecta de un

modo más vivo y permanente la personalidad de su creador. El carácter personal de la protección se confirma -señala GIERKE- si se examina el fundamento, el contenido, el ámbito y - hasta la transmisibilidad del derecho. El fundamento del derecho es la creación espiritual que tiene un sello individual - propio; el de la personalidad del que la ha creado. Por eso la protección no se vincula a la utilidad que la obra pueda tener en el tráfico de bienes, sino a su originalidad mismo. Sólo el que es autor tiene el derecho a ejercer señorío sobre la obra, como una parte que es de su esfera personal. Por lo que se refiere a su contenido, el derecho de autor se concreta en una - facultad de disposición sobre la obra intelectual. El autor es el único que, como señor de su obra, ha de decidir si, cuándo y cómo debe separarse de su propia persona de creador. A él y sólo a él le corresponde el derecho de destruir ó conservar su obra, de guardarla secreta ó de darla a la publicidad, y en este último caso el derecho de determinar el modo y la cuantía - de su multiplicación ó reproducción. Este sector de señorío - que pertenece todo él al autor, es en sí mismo de naturaleza - personal; incluso lo es para quienes no conceptúan la totalidad de las facultades que le corresponden como simple manifestación de una protección dedicada a la personalidad del autor. En este sector no existiría podría decirse ni siquiera de un modo - reflejo ó derivado intereses de otro orden que los de carácter moral. Por eso existe también derecho de autor sobre una obra intelectual que no tenga ningún valor patrimonial ó a la que - nadie se lo atribuya. Pero el derecho de autor, examinado desde el punto de vista de su contenido, puede también hacer surgir facultades patrimoniales, sin perjuicio de que también en ellas lo que se proteja sea la personalidad del autor. Puesto que el autor, como señor de su obra, ha de ser quien disponga de ella exclusivamente, esta exclusiva de disposición ha de - traducirse en todas sus manifestaciones y todos sus aspectos y forzosamente ha de reflejarse también en el aspecto económico,

en cualquier clase de utilidad que represente esta obra como - bien susceptible de ser estimado desde un punto de vista patri^{monial}. El autor es el creador de la obra; ésta es una emana^{ción} de su personalidad, es un reflejo de su propio espíritu, que ha logrado individualizarla a través de su actividad crea^{dora}. "Para él y sólo para él nace, pues, el posible producto de su disfrute". "Cualquier derecho de disfrute de otro sobre su obra intelectual, sólo puede derivar de su derecho de autor" (295).

El carácter personal del derecho de autor, en todas sus manifestaciones, se percibe sobre todo, a decir de GIERKE, con^{siderando} su ámbito y sus limitaciones. El ámbito del derecho de autor termina allí donde la obra ya ha salido de la esfera de su personalidad. De aquí que, cuando el autor decide publi^{car} su obra necesariamente ya se produce una limitación del ámb^{ito} del derecho, porque en cierto modo la obra se separa de la persona de su autor. El autor mismo, en uso de su soberanía ha renunciado al señorío exclusivo que tenía sobre este valor espiritual y lo ha convertido en un bien común, aprovechable - por todos, dentro de ciertos límites. Ya no podrá conservar pa^{ra} sí solo aquéllo de lo que quiso hacer partícipe a todos los demás. Por eso sobre la obra publicada nace ya un derecho de - uso común, sin embargo de lo cual no se rompe de ningún modo - la unión entre la obra y su creador. Aún dada a la publicidad, aún puesta a la disposición de todos, esa obra es suya, es una exteriorización de su espíritu personal; es un bien personal - que le pertenece. El autor ha hecho a los demás copartícipes - de un cierto disfrute de la obra, pero no ha podido dejar en - manos de ellos la disposición sobre su consistencia íntima, so^{bre} su multiplicación exterior y sobre la forma, el modo y las condiciones de su publicación posible. Con respecto a todos es^{tos} extremos el derecho le asegura todavía la continuación de un señorío que deriva de la protección de la persona del au^{tor} reflejada en su obra. Sin embargo, ya este derecho posee

unas limitaciones determinadas, para hacerlo compatible con ese otro derecho de uso común. Finalmente, se comprueba también el carácter personal del derecho de autor si se atiende a la posibilidad de ser transmitido. Porque el autor puede transmitir a otro ciertos aspectos del disfrute de su derecho como el derecho de edición, de representación, de reproducción, etc.; pero, en cambio, conserva el pleno poder de disposición sobre la existencia interna y externa de esa obra cedida a un tercero. En cuanto a la limitación temporal del derecho, la vinculación personal que existe siempre entre la obra y su creador, hace que exista ese derecho durante toda la vida del autor. Pero una vez muerto éste el derecho no puede subsistir, porque ya la obra no pertenece a una esfera personal; el derecho entra en una fase nueva; "sus días están contados". El plazo podrá variar de unas a otras legislaciones, pero ya será limitado y sólo tendrá como razón de ser el beneficio de los herederos, que por su proximidad a la esfera personal del autor, todavía han de tener un cierto poder de disposición sobre la obra, aunque limitado temporalmente (296).

Junto a los diversos tipos puros de derecho de autor, se encuentran todos aquéllos otros derechos cercanos entre los que cita GIERKE las obras fotográficas, los modelos industriales ("Geschmackmustern") y los de utilidad ("Gebrauchmustern") "que supone un debilitamiento del derecho de autor" (297).

En un segundo grado, figura, junto al derecho de autor, el del inventor. El derecho del inventor, lo mismo que el del autor, es un derecho que recae sobre un producto intelectual derivado de la creación misma. Es un derecho "cercano y pariente del derecho de autor", (298) que no debe ser, sin embargo, construido como una especie de subclase del derecho de autor. Entre uno y otro hay una diferencia esencial, que tiene su raíz en la desigual naturaleza de su objeto. Como derecho que es sobre una idea, no puede configurarse del mismo modo que -

el derecho a una obra intelectual individualizada simplemente con la creación sino que exige una individualización especial, mediante una actividad dedicada a separar la obra de un modo público y seguro de su autor, y a delimitar el pensamiento inventivo. El derecho de la comunidad aquí origina una limitación más fuerte al derecho del inventor y por ello es más apropiado que posea un corto transcurso de vida. Todo esto no obstante, el derecho del inventor forma parte de los derechos sobre la propia persona. En su núcleo esencial, pues, el derecho del inventor no es un derecho patrimonial. También aquí la facultad esencial es sí, cuando y cómo se decide la publicación de este producto espiritual que es el invento. De esta decisión depende que el derecho del inventor desarrolle un contenido patrimonial, ó que, por el contrario, permanezca sujeto a una explotación secreta. Por lo que se refiere al derecho de marcas y de nombres, GIERKE lo sitúa también dentro de los derechos de la personalidad (299).

La tesis de GIERKE sobre la naturaleza jurídica de estas instituciones está vinculada, como se sabe, a la construcción de un derecho general de la personalidad, es decir, de este tipo de derecho de dificultades especiales en su formulación, y que ha suscitado en la doctrina resistencias y variantes doctrinales como las que significan sobre todo la determinación de su objeto (300). Existe todo un sector doctrinal que acoge la teoría, representado por los propios autores que indica GIERKE (301). La recepción posterior de la tesis es obra de autores tan característicos, como BERTAULD, para quien la usurpación de una creación intelectual no es un atentado a los bienes de sus autores, a su patrimonio; "no es un robo, es una violencia" (302). SALEILLES, NAST, BERAD, SPETEA, MELLIGER, etc.

Pero después de la última guerra mundial se registra una

especie de resurgimiento de la doctrina de la personalidad, - quizá porque, como señala SANTINI, se manifiesta un "renovado interés por la persona humana y sus derechos"(303), hasta el punto de hablarse de un derecho especial de la personalidad - en derecho industrial (304). Es más, incluso quienes no com - parten esta doctrina, destacan los aspectos personalistas y - de índole moral del derecho de autor, en todas sus manifesta - ciones, como sucede con la obra de ULMER, HUBMANN, etc. (305)

29.- Este resurgimiento de la tesis del derecho de la per - sonalidad como solución al problema de la naturaleza jurídica del derecho de autor tiene dos manifestaciones interesantes en las obras de CANDIAN y CIAMPI, que consideramos de interés re - gistrar (306).

CANDIAN se pregunta si después de tantos capítulos de tra - tados generales, de tantas monografías y tantos estudios sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, que no han logra - do progreso alguno en torno a una solución adecuada, no se es - tá en el caso de volver a la concepción de GIERKE, a lo menos en lo fundamental, procediendo a una revisión crítica del prin - cipio del carácter económico del derecho de autor. No obstante si en lo principal coincide CANDIAN con la tesis de GIERKE, - mantiene frente a él una posición propia, derivada del hecho - de que no admite, como GIERKE, que la obra posee una entidad - propia, con relación al sujeto que la ha creado, hasta el pun - to de que el derecho de autor deba manifestarse como un dere - cho que recae sobre la creación intelectual misma. Ciertamente es - que para GIERKE, si bien la creación se separa e independiza - de su autor, constituye un objeto protegido en cuanto forma - parte de la esfera de su personalidad. Pero CANDIAN va más le - jos: se incurre así, a su juicio, en el error de convertir la idea en una cosa, siendo así que la idea no es más que el hom - bre ó su actividad misma; la obra no es un bien externo al su - jeto y esa separación desnaturalizaría el derecho de autor. La

tésis es consecuente con la idea que CANDIAN tiene del derecho de la personalidad, que no considera como un verdadero derecho subjetivo.

Pero la verdadera aportación de CANDIAN se encuentra en su afirmación del carácter puramente complementario de cualquier aspecto patrimonial ó económico que pueda descubrirse en el derecho de autor. En efecto, para CANDIAN es preciso distinguir entre dos tipos de relaciones económicas: las que tienen este carácter de un modo propio, y las que lo reciben sólo impropriamente, que deben llamarse relaciones económicas "complementarias". Las primeras existen allí dónde el objeto es económico desde un punto de vista intrínseco, esto es, de un modo autónomo, porque la "economicidad" del bien postula la plena separación del mismo de la persona y promueve de éste modo la autonomía del aspecto patrimonial, no sólo en un sentido funcional, sino también estructural; la relación económica de carácter complementario es aquélla en que la "economicidad" está eventualmente asociada a la naturaleza ideal de la relación y del interés que se encuentra comprendido dentro de ella. Un derecho subjetivo es de naturaleza económica ó ideal, indica CANDIAN, según que la necesidad que contempla en primer plano sea ó no susceptible de satisfacción inmediata a través de la disponibilidad de un objeto material. Así, la necesidad de nutrirse, de vestirse, de defenderse de la inclemencia exterior, de respirar, etc. todas las cuales se satisfacen mediante objetos materiales de un modo inmediato, dán lugar a verdaderas relaciones económicas. Por el contrario, son necesidades ideales la de crear ó disfrutar una obra artística, la necesidad de ser públicamente uno mismo, y por consiguiente la de identificarse ante los demás con el propio nombre, con la propia fisonomía física y moral, etc. Mientras el hombre sólo se satisface con la ingestión de alimentos, es decir con la utilización inmediata de un objeto material, por el contrario el mármol ó el lienzo ó el libro son entes que satisfacen tan sólo de un modo mediato las necesida-

des ideales a las que está destinados; de tal forma que no tiene sino una importancia y un valor instrumental la relación que se constituye finalmente para la satisfacción de tal necesidad, como por ejemplo, la donación ó la venta ó el arrendamiento ó el préstamo del cuadro ó del libro (307).

El carácter complementario de la relación económica que surge se comprueba en el derecho de autor mediante el examen de la relación editorial. La índole ideal ó personal de los intereses del autor no sólo no se atenúan por el hecho de que surjan otros intereses concurrentes, -en este caso el del editor-, de carácter puramente patrimonial, sino que incluso se acentúan entonces y originan que este otro interés quede en un plano segundo, porque el interés ideal del autor lo domina plenamente. "Y la razón es que la difusión -necesaria para la -aprehensión, el juicio, la reflexión ó el repudio de los consocios- constituye el desenvolvimiento natural de la actividad creadora del ingenio". Lo que impulsa ese movimiento hacia la exteriorización de la obra, así como las decisiones del autor en torno a su publicación y a la forma como ha de ser difundida y disfrutada por la generalidad, es un elemento esencial el contenido ideal del derecho, y no un elemento económico ni patrimonial. Por todo ello, es imposible configurar el derecho de autor como un derecho de naturaleza patrimonial, pues cuantos elementos ó aspectos de índole económica puedan surgir en él, no son sino de índole complementaria (308).

30.- Otra manifestación de este resurgimiento de la doctrina de la personalidad en un sector de la teoría del derecho de autor de nuestro tiempo, lo ofrece el pensamiento de CIAMPI. La concepción de CIAMPI se basa toda ella en una fundamentación de derecho natural, como idea que se reafirma en todas las expresiones de la vida, ya de los individuos, ya de la comunidad, y que si se rechaza es a costa de desconocer la esencia de la naturaleza humana y su libertad. La cualidad de sujeto -

de derecho no depende, por lo que se refiere al hombre, de ninguna concesión exterior ó arbitraria del legislador. El derecho a hacer, a manifestar los atributos de nuestra personalidad y a ejercitar nuestras facultades creadoras deriva del propio ser del hombre. Entre los derechos originarios que posee el hombre se encuentran, no sólo los que hacen relación a su integridad corporal, a su vida y a su salud, etc., sino también los que se refieren a su inteligencia, a su espíritu y al ejercicio de sus facultades de todo orden. El derecho natural protege el acto de creación intelectual que es inherente a la propia naturaleza humana y que se desarrolla y extiende cada vez más con el progreso de la cultura; y lo ha tutelado siempre, con tal de que la concepción jurídica se basase en la dignidad y el poder del hombre. Estima CIAMPI que no puede admitirse que el derecho de autor haya tenido un origen contingente e histórico, como se suele afirmar, condicionado a la invención de la imprenta ó a determinadas invenciones diferentes ó a determinados hechos. Estima que en cierto sentido, los privilegios que se concedieron entonces constituyeron una limitación de las facultades naturales del autor; y recuerda que en derecho romano, con la "actio doli" y con la "actio iniuriarum" se proporcionaba ya una eficaz defensa de la personalidad del autor, lo mismo que la contenían las normas del "common law" - inglés. Precisamente el derecho de autor no es más que una manifestación de la protección general a la libertad y a la persona del hombre. El derecho de autor constituye típicamente la atribución al creador de lo que es suyo. Después de combatir la teoría dualista que fragmenta el derecho de autor en un "derecho moral" y un "derecho patrimonial" (309), indica CIAMPI que, a pesar de los intereses económicos que evidentemente se manifiestan a través del ejercicio del derecho, los intereses ideales y personales del autor no se interrumpen nunca y dan carácter a la relación jurídica que nace. Antes de la publicación, la obra es defendida no sólo por medio del derecho perso

nalísimo que el autor tiene a conservar inédita la creación, si no también por la posesión del propio "corpus mechanicum", del manuscrito, la tela, el ejemplar original. Después de la publi- cación, la base objetiva de tutela ya no es un bien material ("corpus mechanicum") sino un bien inmaterial (el denominado - "corpus mysticum"), y precisamente la tutela de este bien es la que constituye el contenido del derecho de autor en toda su ex- tensión, y con las dificultades prácticas que lleva consigo la disciplina y la reglamentación técnica de su utilización y go- ce por parte de terceros. Cualquier forma de publicación es - simplemente una mediación y no puede ser confundida con la uti- lización económica, que se verifica en un momento sucesivo y - en determinadas condiciones (310).

Para CIAMPI, la obra que se tutela no se convierte en un bien exterior al sujeto cuando es publicada. Las facultades ex- clusivas e individuales que corresponden al autor consisten en la posibilidad absoluta de consentir ó de impedir que otro ha- ga determinada cosa y el ejercicio de una tal facultad no pue- de actuarse prescindiendo de la naturaleza ideal y personal del derecho y mirando sólo a sus aspectos patrimoniales, pues en - las relaciones jurídicas que determinan la tutela de éstos as- pectos patrimoniales, el autor es el sujeto pasivo y el utili- zador ó explotante es el sujeto activo de la relación, único - que cumple actos económicos valiéndose de un bien inmaterial - perteneciente a otro. Subraya CIAMPI que el objetivo de lucro se persigue, no por el autor, sino por el que utiliza la obra en público. Si el derecho exclusivo reservado al autor tutela en esencia la probabilidad de ganancia, tal y como la ha des- crito ASCARELLI, conseguible a través de la utilización de la creación misma en relación con terceros, la probabilidad es - del que utiliza la obra y al autor lo único que le corresponde es una participación en esa probabilidad ajena de ganancia so- bre su obra propia (311). Por ello, configurar la imagen del - derecho de autor sobre la base de sus aspectos patrimoniales,

que no constituyen elemento esencial de la tutela de la creación intelectual, sino un accidente de ella, "significaría restringir la concepción filosófica y la misma construcción jurídica del derecho de autor, limitándola a la determinación de una serie de obligaciones de abstención en relación con derecho subjetivos, frente a quien ha creado la obra intelectual" (312).

31.- Tres son los principales tipos de objeciones que suelen formularse a la doctrina del derecho de la personalidad: en primer término, la de que se aparta de la clásica distinción de los derechos en dos grupos fundamentales, los de carácter extrapatrimonial y los de naturaleza patrimonial, que constituye la "summa divisio" de los derechos subjetivos. (313). El derecho de autor, de acuerdo con la tesis de la personalidad, no sería ni de índole patrimonial ni de carácter extrapatrimonial, porque constituiría una combinación de estos dos tipos de derechos, lo que se aparta de la caracteriología tradicional. Ahora bien, esta objeción, -común por lo demás a todas las construcciones unitarias- no tiene entidad, toda vez que se contrarresta argumentando que esa es precisamente la especialidad en la que consiste el derecho de autor, de cuyo carácter de derecho "sui-generis" no duda ningún sector de la doctrina.

En segundo término, contra la tesis del derecho de la personalidad se ha aducido que no puede convenir esta calificación a un tipo de derecho en el que existen facultades transmisibles limitadas temporalmente, de índole económica, frente a la naturaleza inalienable e imprescriptible de los derechos de la personalidad, según la doctrina (314). Sin embargo, como ya se ha dicho, la posición tiene también razones que oponer a esta objeción, representadas por la conceptualización de toda facultad de índole patrimonial como puramente "complementaria", en rela -

ción con los intereses ideales y la naturaleza moral del derecho de autor.

Finalmente, se ha dicho también que ignora esta teoría algo tan evidente como el carácter entitativamente autónomo de la obra, una vez separada por completo de la personalidad de su autor, y una vez que éste ha tomado la decisión de publicarla y difundirla entre sus semejantes. A partir de este momento cualquier derecho que corresponda al creador no puede alcanzar las características que corresponden al de la personalidad, en que lo tutelado es únicamente la propia persona, porque aquí ya se encuentra frente al derecho un objeto de entidad propia que es la obra creada, cuya protección en definitiva no puede interpretarse como una tutela de carácter puramente personal. (315). "A partir del momento en que la obra ha sido publicada, dirá ROUBIER- se ha separado así de la subjetividad de su autor ha devenido un producto de la actividad de aquél, y constituye un bien transmisible, cedible, incluso gravable", como lo demuestra que el autor puede conceder su derecho de monopolio a un tercero, y, frente al cual podría incluso aparecer como un usurpador, si se decidiera a explotar él mismo la obra. Esto prueba, en fin, que la usurpación es un atentado a un bien y no a una persona (316).

Pero a nuestro juicio, por encima de todas estas indicaciones, lo que se debe reprochar a la tesis del derecho de la personalidad es que, reconociendo como evidentemente acepta la peculiaridad y el carácter especialísimo que reviste esta nueva figura jurídica, pretenda explicarla mediante la ayuda de una institución como el derecho de la personalidad, que tiene rasgos y características tan amplios, tan difíciles de concretar en una construcción definida, que además ofrecen el difícil problema de la determinación del objeto protegido a incluso el de la fijación de si se trata de verdaderos derechos subjetivos, ó más bien de presupuestos jurídicos de la protección que

otorgan todos los derechos subjetivos restantes. (

Su acierto, en cambio, estriba a nuestro juicio en haber sabido poner de manifiesto el fundamento de la protección que se dispensa al autor, la esencia radical del derecho, que es evidentemente de naturaleza ideal, el carácter complementario de toda derivación patrimonialista a que el derecho pueda dar lugar ó que origine; la construcción monista del derecho, en resumen.

Hemos indicado ya que hoy ha renacido la doctrina del de recho de la personalidad y ejerce su influencia aún en aque-
llos que no la profesan. La razón está en que se hace cada vez más necesario, frente a la serie de transformaciones de todo -
orden que está sufriendo la sociedad de nuestros días, destacar el aspecto personalista, la índole moral del derecho de autor, pues sin su consideración, sin la aceptación de que se trata de una protección dirigida fundamentalmente a realizar el postulado de justicia de dar al creador lo que es suyo y de garantizarle los valores espirituales y económicos representados por su obra, peligra incluso la existencia de esta institución, que terminaría por desvanecerse a través de consideraciones de carácter puramente social y utilitario. Pero claro está, la a ccentuación de ésta visión personalista no puede en absoluto -
impedir que a la hora de la construcción del derecho, se con -
temple cómo está constituido por dos grupos de facultades di -
versas: las de carácter personal y las de índole patrimonial. Lo que no podrá aceptarse es que de cada uno de estos grupos -
de facultades se toma material para la configuración de un de recho subjetivo diferente. Pero la separación de estos dos tipos de facultades es necesario reconocerla como un elemento -
que ofrece sin ninguna duda la propia realidad; como también -
lo es el aceptar que el derecho recae sobre la obra y no sobre la persona del autor.

3).- Teoría del derecho del trabajo.

32.- Es muy frecuente, cuando se estudia la materia de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, relacionarla de algún modo con el derecho del trabajo, que tiene por objeto de protección la actividad profesional y laboral de la persona. Cualquier clase de consideraciones de ésta índole descansan siempre en la misma afirmación: el derecho de autor y la propiedad industrial, se dice, en definitiva no son sino una manifestación de la protección general al trabajo humano, en cuanto atribuyen al autor compensaciones determinadas precisamente en consideración a su trabajo y esfuerzo. La indicación general, no obstante, ha sido rechazada, por ejemplo, por ASCARELLI, que demuestra cómo en la base de la protección de estos derechos no se encuentra en absoluto la consideración de una retribución ó compensación para el trabajo (317). Y sin embargo, la tendencia a enlazar las cuestiones del derecho de autor con la materia del derecho del trabajo es evidente en una serie de sectores doctrinales y podría decirse que es secundada por un movimiento de socialización del derecho de autor en virtud del cual éste empieza a ser considerado como uno más de los que intervienen en la obra, de los que ponen su trabajo a contribución de su logro, junto a actores, intérpretes, ejecutantes, montadores, directores escénicos, técnicos de la reproducción, mecánicos, et.c etc.

Pero prescindiendo de estos aspectos sociales de gran interés, la tesis que ahora consideramos puede estimarse también como una posición doctrinal que trata de resolver, junto a las otras, el problema de la naturaleza jurídica de las instituciones de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, e incluso ha plasmado en proyectos y propósitos legislativos de algún interés (318). Se registra principalmente esta concepción dentro de la doctrina italiana (319). Naturalmente, como indica DE SANCTIS, no se trata de incluir el derecho de autor en -

el derecho del trabajo de un modo estricto, pues éste tiene - siempre como contenido relaciones relativas a prestaciones de trabajo, mientras que el derecho de autor se refiere a una relación de pertenencia entre sujeto y objeto. En realidad esta clase de tesis lo que tratan es de acentuar el aspecto social del derecho de autor, y al mismo tiempo su carácter unitario. Es que -indica CIAMPI- se han atenuado los principios del derecho natural y el mismo derecho moral viene configurado como una manifestación específica del derecho de autor y no como - expresión de un derecho de la persona. Así, FIOLA-CASELLI el conocido autor italiano que tan interesantes sugerencias ha aportado sobre el derecho de autor se opone terminantemente a un reconocimiento explícito de la teoría del derecho natural. FIOLA-CASELLI incluye el encuadramiento del derecho de autor en el concepto de "derecho del trabajo" (320), y su posición, es como se sabe, esencialmente monista. No puede constituirse el derecho moral del autor como un derecho subjetivo diferente de aquéllas facultades que le corresponden de carácter patrimonial, sino como un elemento de este derecho que afecta a todo él y no sólo a un sector determinado (321).

En definitiva, pondera y destaca esta posición del derecho del trabajo, junto a la fundamentación personalista y moral, la fundamentación social de la protección otorgada a autores e inventores. FERRARA atribuye la concepción al influjo de principios colectivistas, principalmente procedentes de la doctrina alemana, que pretenden hacer consistir el fundamento del derecho de autor "en una actividad del espíritu creador, que no sería sin embargo más que una función de actividad social - en beneficio de la comunidad del pueblo" (322). Evidentemente la posición está emparentada con la doctrina alemana del derecho "vinculado socialmente", que ha expuesto, por ejemplo ROEBER (323). En efecto, para ROEBER, la idea de una propiedad intelectual pertenece a un etapa ya superada del derecho de au-

tor, después de la cual la doctrina se diversifica entre la posición que contempla el derecho como un aspecto de la defensa de la personalidad, y aquélla otra en que lo contempla como un derecho patrimonial sobre la obra. Pero en definitiva, el derecho de autor adquirió su determinación esencial en virtud de la inalienabilidad del derecho moral, con lo que se afirmó el vínculo personal, espiritual entre el autor y la obra, que persiste siempre durante la protección temporal, que se manifiesta y puede hacerse efectiva frente al propietario de ejemplares y que se afirma de un modo propio.. De esta manera se abrió para el derecho de autor una relación inmediata con los fundamentos jurídico-personales del derecho del trabajo, con lo que el derecho de autor se apartó de la propiedad más que nunca. La conclusión de ROEBER es que el derecho de autor es un derecho de vinculación social ("Sozialgebundenesrecht"), tanto en la creación de la obra como en los efectos que posteriormente atribuye al derecho de la creación intelectual. Este carácter especial lo expresan, de un lado, la exclusividad que se otorga al autor, y, de otro, el plazo limitado de protección y los demás condicionamientos de carácter social a que el derecho de autor está sometido. Sólo así es como se aprecia la profunda diferencia que existe entre el derecho de autor y la propiedad sobre las cosas, a decir de ROEBER. El derecho de autor descansa en el rendimiento creador, mientras que la propiedad admite otras clases de adquisición originaria diferentes; el derecho de autor, en todo el sector del derecho moral, está caracterizado por su inalienabilidad, mientras que la propiedad es ilimitadamente transmisible. Las obras intelectuales se proyectan al exterior, que es por lo que la obra encuentra en la publicación y difusión su propio destino. En cambio, el propietario tiene el goce de la cosa para sí solo. La creación intelectual puede tener actuación en distintos lugares y poseer formas múltiples, mientras que la cosa sólo existe una vez y allí donde puede ser utilizada, en el instante preciso en que se disfruta.

Finalmente, la limitación temporal del derecho de autor es un dato inmanente de su propio concepto; por el contrario, la propiedad es, fundamentalmente indefinida (324).

Sin desconocer los aspectos interesantes que pone de manifiesto esta nueva posición, sin embargo, la doctrina del derecho del trabajo no puede ser aceptada, si se tiene en cuenta que el derecho de los creadores no recae ni sobre su persona ni sobre su actividad, sino sobre una entidad exterior, que es la creación intelectual. El autor no es un trabajador, sino un creador de la obra, que son conceptos totalmente diversos. No es posible incluir la protección al autor considerándolo como un trabajador más a quien hay que retribuir por su esfuerzo. Existirán indudablemente consideraciones de tipo sociológico que apoyen una tendencia de esta naturaleza; en otras palabras, podría ser muchas veces más interesante desde un punto de vista económico para los autores que la ley les dedicase un tipo de tutela específicamente laboral, garantizándoles unas condiciones determinadas de carácter económico, que no el que siga considerándolos como empresarios de sí mismos, que es lo que fundamentalmente caracteriza a este tipo de derechos. Pero aún cuando desde un punto de vista material resultasen gananciosos los autores, es evidente que en ese caso la protección se disolvería en medidas sociales muy diferentes de las que constituyen el contenido específico de estos institutos.

4).- Otras doctrinas monistas.

33. Hemos de aludir aún a una serie de posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, aún no expuesta y que coinciden en afirmar la necesidad de una construcción unitaria del dere

cho sobre creaciones intelectuales e industriales.

Indicaremos ante todo que la moderna doctrina alemana se ha decidido abiertamente en favor de esta postura, que considera la única interpretación aceptable del fenómeno del derecho de los creadores. Es verdad, dirá RINTELEN, que la ciencia jurídica continúa teniendo como tarea fundamental la de determinar la naturaleza jurídica de estos derechos. Pero, el verdadero problema que se suscita hoy a la teoría del derecho de autor es en qué relación se encuentran la protección de los intereses materiales e ideales entre sí, lo que origina la contraposición entre las teorías dualistas y las teorías monistas. Para RINTELEN, la protección de ambos grupos de intereses está relacionada de un modo tan estrecho, que no puede constituir la materia de dos tipos de derechos subjetivos diferentes. El derecho de autor no es ni un derecho personal ni un derecho patrimonial y por ello precisamente le corresponde un lugar propio dentro del sistema jurídico (325).

A análogas conclusiones llegan HUBMANN y ULMER. Se trata de un derecho unitario, con contenido jurídico-personal y jurídico-patrimonial, según HUBMANN. En el primer plano de la atención jurídica está la defensa de los intereses personales del creador; pero como ello representa también valores económicos, han de asegurarse igualmente sus intereses patrimoniales, "La unidad del derecho se deduce de la unidad del objeto y de la inviabilidad práctica de una separación entre intereses personales y económicos" (326).

Por su parte, ULMER comienza por señalar la imposibilidad de distinguir de un modo neto y estricto entre las medidas que el derecho dedica a la protección de los intereses ideales y aquéllas otras que se destinan a la tutela de los intereses económicos del autor. En general, todas cuantas prescripciones se refieren a la exclusiva de explotación de la obra, van dirigi

gidas de modo fundamental a la defensa de intereses materiales, mientras que se refieren a la de los intereses personales de autor las facultades que se describen de índole jurídico-personal. Pero, a la hora de caracterizar y catalogar el derecho, hay que tener en cuenta que no existe una absoluta e coincidencia entre tales facultades e intereses, porque se producen realciones estrechísimas entre uno y otro sector, el sector ideal y el sector económico que originan que, a través de facultades de orden patrimonial, se defiendan a veces intereses morales del autor y viceversa. Un ejemplo típico de esta doble carácter del derecho de autor -señala OELMER- lo proporciona el exámen de su facultad de publicación de la obra. Mediante ella, es evidente que se le asegura al autor una posición jurídica en virtud de la cual puede obtener unos beneficios económicos determinados de terceros; pero en realidad también y aún fundamentalmente la decisión relativa a la publicación de la obra y a los demás actos de multiplicación de la misma se orienta a la protección de sus intereses ideales. El destino de su criatura espiritual depende de esa decisión, de tal modo que, por consiguiente, esta clase de derechos de uso exclusivo, se encaminan del mismo modo a la tutela del interés personal del autor. Por otra parte, los derechos de disfrute se completan mediante las facultades jurídico-personales que al autor corresponden, tales como el reconocimiento de la paternidad ó la posibilidad de oponerse a la modificación ó de formación de la obra, que son aspectos de la protección dirigidos típicamente a los intereses ideales del autor, pero que en caso de un atentado que origine responsabilidad económica, tienen también como contenido acciones de resarcimiento patrimonial (327). De todo ello se deduce que las facultades del autor pueden efectivamente dividirse en dos grupos, pero no están entre sí en la relación en que se encuentran dos tipos diferentes de derechos subjetivos, como los ven las teorías dualistas. El derecho de autor no es únicamente la suma de las facultades que corresponden al autor. "es más bien el derecho -

único, del que fluyen las facultades" que lo integran (328).

La relación que se produce entre ambos grupos de facultades fluyentes del derecho de autor, la expresa ULMER en la conocida imagen del árbol, de las raíces y de las ramas (329).

En la construcción de ULMER, la protección de los intereses ideales del autor, encomendada a las facultades de orden personal, constituye un grupo de posibilidades jurídicas muy cercano en su naturaleza al derecho general de la personalidad ó a los derechos particulares que emanan de él, como el derecho al nombre ó el derecho a la propia imagen. Pero el llamado "derecho de la personalidad de autor" ó "droit moral", se diferencia de ese derecho general de la personalidad, porque ofrece una referencia objetiva a las creaciones intelectuales, literarias y artísticas, y aparece estrechamente unido al derecho de autor. Este derecho personal de autor ha de distinguirse a su vez de las facultades jurídico-personales que fluyen del derecho de autor, pues ya se ha visto que la protección de los intereses ideales es un objetivo que se sirve incluso de los derechos de disfrute. Por consiguiente, el expresado derecho personal de autor, en un sentido amplio, es una fuerza que impregna el derecho de autor como un conjunto; y en un sentido estricto, designa un grupo de facultades que fluyen del derecho de autor.

Por lo que se refiere a su encuadramiento como derecho unitario, ULMER señala que no es posible incluir el derecho de autor en una clasificación sistemática que no conoce más que derechos patrimoniales y derechos personales, ya que la institución a la que nos referimos tiene notas de los dos grupos ó tipos. La relación del derecho de autor con los derechos patrimoniales se aprecia comparándola con el derecho de cosas y apreciando que en la propiedad, por ejemplo, no se excluye la consideración de intereses ideales (así, la propiedad de la foto

familiar ó de otros recuerdos queridos, sigue siendo propiedad y. sin embargo no omite la inclusión de intereses ideales del - sujeto); pero en ella no hay ningún elemento que puede hacerse cargo directamente de éstos intereses. La propiedad se conserva como una figura jurídico-patrimonial, y no sale de esta imá gen, incluso allí donde juegan un papel los intereses ideales. Por el contrario, el derecho de autor centra su atención de un modo especial en esa clase de intereses, que es por lo que cons tituye una mezcla de elementos jurídicos-patrimoniales y perso nales. Esta, por otra parte, -indica ULMER- no es una caracte rística exclusiva del derecho de autor, ya que puede apreciarse también en otros derechos, como por ejemplo, la patria po testad, el derecho a la firma, etc. Estima finalmente ULMER - que las diversas teorías que han pretendido reflejar la esen - cia del derecho de autor, han aclarado sólo rasgos particula res de esta institución jurídica. La teoría de la personalidad proporcionó el conocimiento de que se trata de un derecho des tinado esencialmente a proteger intereses ideales. La conside ración de que el derecho de autor ha de incluirse en la rúbri ca general de la protección al trabajo, ha puesto de manifies to lo que en esta tutela existe de reserva al creador del apro vechamiento económico de su creación. La teoría de la vincula ción social del derecho de autor razona los límites a que ha de estar sometido, en virtud de los intereses de carácter social que representa la difusión, el conocimiento de la obra y su uti lización por parte de todos. La teoría del derecho sobre bie nes inmateriales, a su vez, aportó otro de los elementos funda mentales para la construcción dogmática, que es que los dere - chos de autor son derechos que recaen sobre un objeto exterior es decir, que se trata de "derechos objetivos" (330), y puso - de manifiesto la naturaleza específica del objeto y también la peculiaridad del señorío que incluye el derecho de autor sobre la obra. En definitiva, hay que construir el derecho de autor como un derecho unitario, porque la obra para el autor es el

274

mismo tiempo un bien apreciable económicamente y una criatura de su espíritu. Todo ello demuestra la insuficiencia de la sistemática tradicional de los derechos privados y la necesidad de dejar espacio en ellos para el reconocimiento de otro tipo de derechos, que no puede ser incluidos ni en la categoría de los personales ni en la categoría de los patrimoniales (331).

Por último, en el grupo de las doctrinas monistas puede ser comprendido el pensamiento de otros varios autores, como RAULT, que estima que el derecho de autor está formado por prerrogativas diferentes, pero que constituyen una verdadera síntesis, que dan lugar a un derecho complejo; PIONA-CASSELLI, el que ya nos hemos referido; BONNECASE, que estima imposible dissociar los diversos elementos que pueden encontrarse en el derecho de autor; MAILLARD para quien no puede hablarse de dualidad de derechos, el brasileño ACEVEDO, el portugués ALMEIDA, etc. (332).

ALMEIDA, en su interesante trabajo sobre derecho de autor señala que las teorías de la propiedad y de la personalidad han hecho más que sobreestimar uno de los dos elementos aislados que componen el derecho de autor, situando el otro fuera de su núcleo esencial ó en posición subalterna con respecto a aquél que se declara prevalente, ALMEIDA indica que la doctrina está pronunciándose de manera abierta en favor de una construcción unitaria del derecho de autor, que él denomina concepción dualista, en el sentido de que dá lugar a considerarlo integrado por estos dos tipos de elementos diversos, de naturaleza personal y de naturaleza patrimonial, y alude también a que en la propia legislación comienza a observarse la tendencia a una regulación basada en estas concepciones (333). Es que la obra de arte -dice este autor-, en razón de su específica naturaleza, es a un tiempo "manifestación del espíritu y elemento del patrimonio". Y por ello el derecho de autor "está constituido por una doble orden de facultades ó prerrogativas".

carácter personal unas y patrimonial otras" (334). En lo que se refiere, en fin, a la determinación de cuál de estos dos elementos ha de prevalecer ó es el que imprime carácter al de recho con respecto al otro, ALMEIDA concluye pronunciándose - abiertamente por la supremacía del derecho moral (335).

- (1) Así lo reconoce, por ejemplo, BREUER, en estas palabras: "No hay duda de que todos los derechos intelectuales, incluso los derechos sobre la marca de fábrica, son de la misma naturaleza" (Vid. "Tratado...", I, pág. 56).
- (2) Vid. Paolo GRECO, "Corso di Diritto commerciale e industriale. I diritti sui beni immateriali", Turín 1.948, pág. 14, nº 11. GRECO responde a esta objeción de DI FRANCO, argumentando que la pretendida "objetividad absoluta no es un requisito necesario de la objetividad jurídica, pues objetos de derecho pueden ser cosas consideradas únicamente en razón a una determinada función, cesando la cual, cesa también la protección dispensada". (Op. loc. cit.)
- (3) Vid. el trabajo de FERNAND-JACK. "Variations sur le droit au nom" en PROPRIETE INDUSTRIELLE", 1.947, pág. 77 sigtes., y las opiniones que allí se citan, contrarias a aceptar que exista una "propiedad del hombre", aunque las tesis expuestas están influidas por el estado del régimen francés de protección al nombre comercial, en el que no se da la "action en contrefaçon", sino la de concurrence desleal. (Vid. ROUBIER, "Le Droit ...", I, pág. 182).
- (4) Vid. Su concepción fundamentalmente en "Concesión y nulidad - de Patentes de invención", Madrid, 1.946 especialmente, págs. 26 y siguientes; y también en el artículo "Propiedad industrial", del Diccionario de Derecho Privado" de LABOR, Barcelona, 1.950, vol. II, pág. 3.157 y siguientes.
- (5) Al razonar FRANCESCHELLI que todas las instituciones y derechos comprendidos en el "Derecho Industrial", cuyo contenido acota - sobre la base de la idea de "competencia económica", poseen notas comunes esenciales, alude a la posición separatista que pretende excluir de este tratado la disciplina de los signos distintivos, y señala que "... la unidad fundamental de todos estos fenómenos, especialmente por lo que concierne a su momento genético (en el sentido de qué se trata en todo caso de materializaciones de ideas) se reafirma, puede decirse, comúnmente" (Vid. "Tratatto ...", I, pág. 24).
- (6) RODRIGUEZ ARIAS, clasifica las teorías sobre naturaleza jurídica del derecho de autor en las posiciones siguientes: 1) Teoría del derecho de propiedad; 2) Concepción del derecho de autor como usufructo o servidumbre; 3) Doctrina del derecho sobre bienes inmateriales; 4). Teoría del monopolio de explotación; 5) Teoría del derecho de la personalidad; 6) Tesis de la relación de gestión de negocios entre el autor y el editor (en la que alude a la posición de KANT; 7) Teoría de la prestación de servicios; 8). Doctrina que configura el derecho de autor como un derecho doble, al mismo tiempo de carácter personal y patrimonial. (Vid. "Naturaleza jurídica de los derechos

intelectuales", en "REV. DERECHO PRIV." 1.949, págs. 747 sigtes., y 830 sigtes.). Por su parte, ALMEIDA SANTOS, en "Ensaio sobre o direito de autor", Coimbra 1.955, considera, como soluciones principales, las tesis del monopolio, la de las limitaciones legales de GERBER, (para quien no existe un verdadero derecho subjetivo en el derecho de autor, que es simple reflejo de una limitación legal), de la propiedad, del derecho de la personalidad, del usufructo, de los derechos intelectuales, y de los bienes inmateriales, la teoría del derecho de naturaleza doble, de los derechos de clientela de ROUBIER, del derecho del trabajo, del derecho de autor como un derecho absoluto, etc. (op. cit. págs. 6 y sigtes.). La clasificación fundamental en la moderna sistemática alemana es la división de estas doctrinas en dualistas y monistas (como se aprecia en ULMER y HUBMANN), que nos parece un criterio más general y comprensivo. El problema del carácter unitario del derecho a pesar de sus manifestaciones personalistas y patrimonialistas nos parece ser hoy uno de los esenciales en la doctrina. En el inventario de soluciones teóricas que pasamos a exponer no figuran tesis tan sugestivas como la de la relación contractual entre el inventor y la sociedad, formulada por CASALONGA (Vid. "Traité technique et pratique des brevets d'invention", París, 1.949, especialmente págs. 21 sigtes.), y que sólo sería aplicable al derecho de patentes, en el que pondera el sentido de "contraprestación" que adquiere para el inventor la exclusiva que la Administración le otorga, a cambio de la comunicación del invento. Tampoco aludimos a tesis como la del "usufructo" y otras que constituyen únicamente matizaciones de las posiciones principales.

- (7) La expresión "droit moral" fue utilizada en 1.872 por MOHILLOT, en "De la personnalité a du droit de copie" y en "De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne", publicada en 1.873 (Vid. PEREZ SERRANO, "El derecho moral de los autores" Madrid, 1.949, pág. 8). RINTELEN, "Urheberrecht und Verlagsrecht" pág. 39; Gérard GAVIN, "Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises", París, 1.960, pág. 20); y responde a conceptos formados por vía jurisprudencial. Puede verse un estudio interesante de la orientación seguida por la jurisprudencia francesa, en la creación del concepto de "droit moral", en la op. cit. de GAVIN. Sobre la naturaleza, contenido y problemas del "droit moral" puede verse la obra clásica de P. MASSE "Le droit moral de l'auteur sur son oeuvre littéraire et artistique", París, 1.906; el conocido estudio de Edouard SILZ, "La notion juridique de droit moral de l'auteur", París, 1.933 (sep. del n° 2, 1.933, de la "Revue trimestrielle de droit civil"), la ya citada de GAVIN, y "El derecho moral de los autores" de PEREZ SERRANO, entre una bibliografía que es ya abundante. Sobre la recepción del concepto en la doctrina alemana, cfr. BRANDT, "Das 'droit moral' als Faktor im künftigen deutschen Urheberrecht", Düsseldorf, 1.934. Entre los tratadistas resultan de especial interés en la materia Ettore VALERIO, "Il diritto d'autore".
- (8) Tal distinción la puntualizan también los partidarios de una construcción unitaria del derecho de los creadores, como se comprueba, ad. ex. en ULMER (Vid. "Urheberrecht...", pág. 99).

- (9) De "derecho moral" -dice DE CUPIS- cabe dar la siguiente noción negativa: "... todos los poderes que no conciernen a la utilización económica de la obra creada, todos los poderes, vale a decir, que no forman parte del derecho "patrimonial" de autor". (Vid. "I diritti della personalità", Milán, 1.950, pág. 259).
- (10) Refiriéndose al derecho moral, declara ROUBIER: "No hay nada de común en su contenido, con el derecho patrimonial que es el objeto de nuestro estudio, a saber, el monopolio de la reproducción de la obra. Por el derecho moral, el autor reivindica el respeto a su personalidad: por el derecho privativo de explotación, reivindica ciertos beneficios de orden pecuniario". (Vid. "Le Droit...", I pág. 87). Existen -señala SANTINI- diferencias insoslayables entre la protección de carácter personal y moral y la de índole patrimonial, lo que hace obligado aceptar la construcción dualista del derecho. Tales diferencias se concretan en la duración de la tutela, que es diferente en uno y otro caso; en la posibilidad de que el titular del derecho moral sea distinto del de los derechos patrimoniales; en la embargabilidad y transmisibilidad del derecho patrimonial, frente a la inalienabilidad del derecho moral; en la atribución del derecho moral a parientes no herederos, etc. (Vid. "I Diritti della personalità nel Diritto Industriale", Padua, 1.959, págs. 24-25). En análogo sentido SILZ: el derecho moral y el derecho a la exclusiva de explotación de la obra son irreductiblemente distintos, ya que no tienen la misma naturaleza jurídica (el primero es un derecho de la personalidad; el segundo, una cuasi-propiedad); y las reglas aplicables son también diversas, lo que se aprecia considerando una serie de hipótesis posibles, a saber: aquella en que, desaparecido el derecho pecuniario, sigue subsistente el moral; las situaciones a que puede dar lugar la transmisión "inter vivos" del derecho patrimonial; las que origina el ejercicio del derecho de arrepentimiento, etc. (Vid. "La notion juridique de droit moral...", pág. 396, sigtes.).
- (11) Para GAVIN, constituye el contenido del "droit moral" las prerrogativas siguientes del autor: a) el derecho de divulgación; b). el derecho de paternidad; c). el derecho de arrepentimiento y d). el derecho al respeto de la obra. El derecho de divulgación es la prerrogativa en que se manifiesta esencialmente la soberanía del autor. Comprende la decisión de divulgar la obra, o conservarla secreta y de determinar el modo y la forma en que habrá de ser publicada o conocida. El derecho de paternidad, es decir, la facultad de darse a conocer o no como autor, de la misma, y de ser reconocido como tal. El derecho de arrepentimiento -cuyos confines indecisos y peligrosos ya apuntara PEREZ SERRANO, en op. cit. pág. 18- comprende la facultad de retirar la obra del conocimiento público e incluso destruirla y suscita importantes problemas en relación con los derechos adquiridos por parte de terceros. Finalmente, el derecho al respeto de la obra se concreta en la necesidad de que todo editor o explotante de la obra la reproduzca o utilice tal y como ella ha sido creada por el autor, sin modificarla ni deformarla, a no ser que se trate de adaptación consentida. (Vid. GAVIN, "Le droit moral...", pág. 30 sigtes.).

- (12) Vid. GAVIN, op. cit. pág. 288.
- (13) PEREZ SERRANO alude a la opinión de DEGNI (en su obra "Le persone fisiche e i diritti della personalità", Turín, 1.939, págs. 213 y sigtes.), con estas palabras: "En realidad, se trata de dos esferas jurídicas: una, referida a la personalidad del autor; otra, encaminada a la protección de la obra ya creada. Se amparan, pues, dos clases de bienes, y hay en el fondo dos derechos, y no uno solo". (Vid. PEREZ SERRANO, "El derecho moral de los autores", págs. 19-20).
- (14) "Qu'y a-t-il d'ailleurs d'étonnant á voir d'un seul fait, la création d'une oeuvre, résulter plusieurs situations juridiques différentes? Pour quantité de faits juridiques, un mariage, une tutelle, une succession, c'est là un fait absolument normal que la naissance de plusieurs types de droits différents, que le jurisconsulte a pour tâche de distinguer". (ROUBIER, "Le Droit...", I pag. 87).
- (15) Vid. ROUBIER, op. loc. cit. Son evidentes los conflictos a que da lugar una tal concepción dualista. Así, el derecho a publicar la obra ¿es de índole patrimonial o de carácter personal? Vid. este problema, ad ex. en DE CUPIS, que sostiene que "... el poder de publicación es atribuido al autor para la utilización económica de su obra; libre de ejercitarlo o no, el autor puede determinarse "también negativamente" respecto a tal utilización económica. Pero también en esta hipótesis ejercita, si quiera sea negativamente, el derecho que le corresponde, sobre un bien patrimonial", cualesquiera que sean los motivos que le inducen a hacerlo, incluso aunque esos motivos consistan precisamente en la defensa de su reputación. Esta concepción conduce a DE CUPIS a afirmar que "... poder de publicación y poder de inédito -el derecho a conservar secreta la obra- son dos caras de un mismo derecho", es decir, a negar el carácter personal y moral del derecho de disposición de la obra. (Vid. "Il diritti della personalità", pág. 265). Todo ello demuestra la dificultad de trazar una línea divisoria de absoluta nitidez entre derecho moral y derecho patrimonial, como pretenden las construcciones dualistas. Puede verse, en contra de la conceptualización del derecho de publicación como un derecho patrimonial, "Ettore VALERIO y Zara ALGARBI, "Il diritto d'autore", pág. 119, al incluir, como derechos que fundamentalmente integran el llamado "derecho moral": 1) el derecho de inédito, o derecho de publicación; 2) el derecho de paternidad intelectual o derecho al anónimo o seudónimo; 3) el derecho a modificar la obra y derecho a la intangibilidad de la misma y 4) el derecho a retirar la obra del comercio.
- (16) Vid. SILZ, op. cit. supra. nota (10).
- (17) Es indudable que algunas de ellas se prestan a una construcción monista, o cuando menos, no son incompatibles con una visión esencialmente unitaria del derecho de los creadores, sin perjuicio de la debida diferenciación dentro del mismo de facultades

de índole diferente. Así sucede con la tesis de una propiedad incorporal o intelectual y aún con la doctrina del derecho sobre bienes inmateriales, en la que caben formulaciones ciertamente cercanas al monismo, como la de TROLLER. Sin embargo, en principio, habrá que tener en cuenta para su encuadramiento en este primer grupo de las posiciones dualistas, aquella observación de PEREZ SERRANO, al señalar que "... cuando se llama a esta figura jurídica -es decir, al derecho de autor- "propiedad intelectual" o "propiedad literaria y artística" es evidente que se está centrando su fisonomía en el mundo de los derechos de cosas, sin que varíe demasiado la institución por hablar de "propiedades incorporales...". Siempre resultará que se tiene presente en forma primaria y decisiva el sentido económico, pecuniario ... Y entonces, al tener que agregar a ese contenido de tipo "material", de lucro, otros valores "de estirpe idealista", al añadirle el "derecho moral", se yuxtaponen dos esferas dispares, y se pone en peligro la unidad esencial de la institución" (Vid. PEREZ SERRANO, op cit. pág. 23-24). La tesis de la propiedad es esencialmente dualista, en los términos que indica, por ejemplo BARASSI, al señalar que existen prácticamente dos alternativas doctrinales: la de quienes admiten que, junto al derecho de paternidad, de índole extrapatrimonial, el derecho del creador incluye un derecho de propiedad sobre la obra, y la de quienes estiman, en cambio, que se trata de una situación jurídica compleja, integrada por la tutela de la paternidad y los derechos de utilización económica (Vid. Ludovico BARASSI, "Diritti reali e possesso", Milán, 1.952, I, págs. 187-188).

- (18) Para GRECO, los tres requisitos esenciales que debe cumplir un bien para la objetividad jurídica son la aptitud para satisfacer un interés económico, es decir, estar dotado de un valor de cambio o de uso; autonomía o separabilidad, e idoneidad para una sujeción jurídica que permita al bien, no sólo constituirse en objeto de disposición y de goce, sino ser susceptible de un poder garantizado por el ordenamiento jurídico (Vid. "Corso... I diritti sui beni immateriali", págs. 5-6). En análogo sentido, BARASSI, "Diritti reali e possesso", I, pág. 146 sigtes.
- (19) Vid. GRECO, op cit., pág. 11.
- (20) "La creación intelectual -"opera dell'ingegno"-, en cuanto se separa del sujeto, en cuanto no es ya únicamente pensamiento, adquiere una individualidad propia, convertida en un bien que, aun no individualizado en el espacio, presenta la autonomía que le permite formar objeto de relaciones jurídicas". (Vid. Biondo BIONDI, "I beni", Turín 1.956, pág. 45).
- (21) Vid. ASCARELLI, "Teoría della concorrenza e dei beni immateriali", pág. 202.
- (22) Señala GRECO que, por lo que se refiere a su valor económico, las "ideas" se diferencian fundamentalmente de las cosas materiales. Para éstas, el fenómeno del valor se produciría igualmente sin intervención del ordenamiento jurídico, únicamente

"sobre la base de la rareza de la cosa y del poder de hecho ejercitado sobre ella por el poseedor". En cuanto a las ideas, hay que distinguir entre la utilidad proporcionada por su conocimiento, que puede ser obtenida por cualquiera, -aspecto en el que las ideas se presentan como "res omnium communes"- y la utilidad que consiste en la función instrumental específica de tales ideas, en cuanto medios de producción de ganancias, que es la que conviene a las creaciones intelectuales en cuanto objetos jurídicos. (Vid. op. cit., pág. 16-17)

- (23) Para GRECO, los "bienes inmateriales" no son susceptibles de un "poder físico", es decir, de verdadera "posesión"; pero pueden ser objeto de un "poder jurídico" que se manifiesta como "poder de exclusión de la generalidad de los consocios, en correspondencia con un deber de los mismos de comportamiento negativo, ambos -el poder y el deber- en orden al goce o a la disposición de un "determinado bien", que reúne los requisitos de aislabilidad y de valor económico". (Vid. op. cit. págs. 23, 24-25).
- (24) Tales expresiones y conceptos técnicos los utilizan, lo mismo los autores que sostienen la doctrina de la propiedad que los que la rechazan. También para éstos resulta útil su aplicación como nociones instrumentales. El propio ROUBIER, que desarrolla una concepción tan lejana de la propiedad como la de los "derechos de clientela", y que ha subrayado la imposibilidad de servirse del concepto de dominio para explicar jurídicamente la esencia de estas figuras, recurre a menudo a la técnica de la propiedad, como al designar al titular de una marca como "propietario" de la misma ("... La marca no depositada constituye una propiedad, resultante de la prioridad de uso, que será protegida en el terreno civil... En el terreno civil, el propietario de la marca puede...", etc., Vid. "Le Droit...", vol. II, págs. 604-605). Las obras de los distintos autores están llenas de estas alusiones a la "propiedad" de obras, invenciones o marcas, a su "reivindicación", a su "ocupación", etc. Todo ello a pesar de que los propios partidarios de la tesis del dominio reconocen, en cambio, el carácter puramente metafórico y traslativo de estas expresiones. Puede verse, ad. ex., el razonamiento de BARASSI relativo a que en estos derechos no se admite la reivindicación, sino otros medios más aptos para satisfacer el derecho del "propietario". No hay posibilidad de "sustracción", no cabe el delito de hurto, sino la "contraffazione" o usurpación, etc. (Vid. "Diritti reali e possesso", vol. II, págs. 154 sigtes.) Sobre la "usucapión" en esta región jurídica, vid. CARNELUTTI, "Usucapione de la proprietà industriale", ya cit.). La razón de este fenómeno se encuentra en el valor expresivo e instrumental de la noción de dominio, a que nos referimos infra, pág. .
- (25) Indica BRASIELLO que en el texto de Gaio que recoge la división de las cosas en "corporales" e "incorporales" no se cita el dominio, a pesar de su importancia, lo que prueba que para los romanos era una especie de derecho aparte de todos los demás, un derecho que se contraponía a todos los restantes derechos (Vid. "Corso di diritto romano. La estensione e le limitazioni della proprietà". Milán, 1.941, pág. 31).

- (26) Vid. M.A. THIERS, "De la propriété", París, 1.848, cit. por RODRIGUEZ ARIAS, en "Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales," ya cit.
- (27) En una primera etapa del pensamiento jurídico "... se reconoce que al creador de una obra intelectual ha de corresponderle un derecho de señorío sobre ésta. Pero no se tiene aún un concepto propio de "derecho de autor" y se incluye el derecho del autor en el concepto comprensivo de la propiedad". (Vid. Max RINTELEN, "Urheberrecht und Urhebervertragsrecht", Viena, 1.958, pág. 34).
- (28) Vid. FRANCESCHELLI, "Trattato...", vol I pág. 88; Walter BAPPERT, "Wege zum Urheberrecht", Frankfurt am Main, 1.962, pág. 16.
- (29) Vid. Heinrich HUEMANN, "Urheber -und Verlagerecht", Munich-Berlin, 1.959: "A menudo no se nos ha transmitido el nombre de los grandes pintores, escultores, arquitectos y poetas de aquel tiempo. Igual que los monjes, que eran los portavoces de la ciencia, trabajaban por la recompensa divina; su gloria se posponía a la gloria de Dios. Su existencia material estaba asegurada en el interior del Gremio o del claustro".
- (30) El expositor del derecho sajón escribe: "Von gotes halven de gnade min sol al der werlt gemeine sin". No obstante, -indica RINTELEN, vid. la frase transcrita y su comentario en op. cit. pág. 6- también figuran en el "Sachsenspiegel" expresiones que pueden ser interpretadas como una primera manifestación del sentido del honor de un autor en cuanto tal, representadas por la imprecación que dedica a quienes en el futuro alteren su obra. RINTELEN se inclina a estimar esta maldición como una muestra de la preocupación del autor por que en el futuro su visión del derecho que expone sea desvirtuada por otro, y no como una manifestación de la conciencia de la intangibilidad de la obra.
- (31) Señala la citada respuesta que un libro "... so entweder der Auotor selbst verlegt oder ein Buchführervon demselben erkaufet, derselben wahres und rechtes Eigentum sei". Respuesta análoga se contiene en un dictamen de la Facultad de Derecho de Wittenberg de 1.722. Vid. estos datos y la polémica en torno al tema de si la propiedad de la obra emana del "derecho común" o deriva exclusivamente del privilegio, en HUEMANN, "Urheber...", pág. 15).
- (32) Vid. RINTELEN, op. cit., pág. 13.
- (33) Vid. "Two Treatises on Civil Government", en la ed. publ. en Londres, 1949, pág. 130, nº 26.
- (34) Vid. RINTELEN, op. cit. pág. 13.

- (35) Vid. HUBMANN, op. cit. pág. 15.
- (36) Vid. HUBMANN, op. cit. pág. 15.
- (37) La publicación del Estatuto de la Reina Ana de 1.709 da lugar a una interesante polémica en torno a si la propiedad de la obra ha de reconocerse de acuerdo con los principios de la "common law" o necesita la declaración del Estatuto especial. Warburton, en 1.747 distingue entre el manuscrito, como bien corporal y la forma de la obra, como bien intelectual. "Así nace la concepción de que sobre la obra existe una propiedad apoyada en el "common law", que no está limitada en el tiempo y que sólo resulta reforzada mediante la protección legal". La jurisprudencia, no obstante, rechaza esta idea de un derecho de propiedad de carácter perpetuo nacido del "common law", declarando, -así, en el caso Donaldson c. Becket-, en resolución de la Corte de los Lores de 1.774- que el derecho sobre la obra sólo podía existir dentro de los límites del Estatuto de 1.709; admitiéndose sólo un derecho perpetuo en relación con la obra no publicada (Vid. HUBMANN, op cit. pág. 13-14). RINTELEN hace observar que el "common law" incluye siempre como un principio esencial el del uso libre, contrario a toda limitación de la libertad de reproducir las obras, incluso publicadas. Esa limitación, en la concepción inglesa clásica, sólo puede derivar de la ley especial, del Estatuto (Vid. op. cit. pág. 11 sigtes.). Sobre el tema puede verse también FRANCESCHELLI, "Trattato...", vol. I, pág. 275-276 y nota (17) esta página).
- (38) Vid. HUBMANN, op. cit. pág. 16.
- (39) Vid. RINTELEN, op. cit. pág. 161
- (40) "Las viejas leyes sólo tratan el aspecto patrimonialista del derecho de autor. Esto se explica pensando en el origen del derecho de autor como un derecho del editor..." (Vid. RINTELEN, pág. 39, op. cit.)
- (41) Vid. BREUER. "tratado de Patentes de invención", vol. I, pág. 13.
- (42) Vid. DIAZ VELASCO, "Concesión y nulidad de patentes de invención", pág. 8.
- (43) CIAMPI recuerda, por ejemplo, los alegatos de PROUDON contra esa pretendida "propiedad de las ideas, que estima contraria a los principios de la economía y alude a la polémica de principios del siglo XIX contra los derechos de autor." (Vid. "Diritto d'autore. Diritto naturale", pág. 9 sigtes). BREUER se refiere a las resistencias incluso doctrinales, contra la exclusiva del inventor (Vid. "Tratado...", vol I, pág. VII). Vid. también la argumentación de los defensores de la libertad

de la industria en FIKENTSCHER, "Wettbeverd und gewerblicher Rechtsschutz", Munich - Berlín, 1.958, pág. 142.

- (44) "En la polémica... acerca de la justicia de la consagración legal de este derecho, los defensores de la afirmativa encontraron uno de sus argumentos, acaso el más importante de todos, en la tesis siempre victoriosa del "iusnaturalismo", según la cual hay ciertos derechos que existen por sí mismos, con anterioridad a toda creación legal positiva, que se limita a reconocerlos, sancionarlos y regularlos" (Vid. DIAZ VELASCO, "Concesión y nulidad de patentes de invención", pág. 12-13).
- (45) "La idea de la "propiedad intelectual" pertenece a una etapa determinada del derecho de autor. Esta idea rompió con la protección mediante privilegios contra la reimpresión y ayudó al autor a conseguir un derecho propio sobre la obra intelectual. En esto radica al mismo tiempo el mérito histórico y la limitación temporal en la validez de esta idea". (Vid. Georg ROEBER, "Urheberrecht oder geistiges Eigentum", en "Schriftenreihe der UFITA", Baden-Baden, 1.956, pág. 29).
- (46) Vid. BREUER, op. cit., I, pág. 13.
- (47) Expresiones análogas se encuentran ya en Turgot en el edicto de 1776 (Vid. DIAZ VELASCO, op. cit. pág. 14).
- (48) El preámbulo de la ley francesa contiene estas declaraciones, en la versión de BREUER (op. cit., I, pág. 13): "La Asamblea Nacional considera que toda idea nueva, cuya manifestación o desarrollo puedan ser útiles a la sociedad, pertenece privativamente a quien la ha concebido; y considera que sería atentar los Derechos del Hombre no considerar un descubrimiento como propiedad de su autor".
- (49) Vid. ROUBIER, "Le Droit...", I, pág. 27).
- (50) Vid. Ernesto ROGUIN, "Las reglas jurídicas", trad. esp. de José M^a. NAVARRO DE PALENCIA. Madrid, s.f.nº 168. ROGUIN añade con motivo de la argumentación utilizada para conseguir la incorporación de la protección a los ordenamientos positivos; "... Por desgracia una vez más se puso de relieve en esta ocasión el influjo profundo de las palabras sobre las cosas".
- (51) FRANK, en su "Philosophie du Droit civil" de 1.886 defiende la tesis de la propiedad perpetua. ROGUIN señala, refiriéndose a su concepción, que confunde lo que sólo fue un argumento defensivo de la protección a autores e inventores, con una verdadera calificación del derecho y "quiere que sea una verdadera propiedad el derecho de autor, para reconocerle,

como a ésta, la perpetuidad y la transmisibilidad ilimitada".
(Vid. op. cit. n° 168).

- (52) Vid. Vladimir PAPPALAVA, "A propos du caractère juridique et des vicissitudes historiques du droit de propriété sur les oeuvres de littérature et d'art", trad. fr. de Jules CLOZEL, Grenoble, 1.886, nota (2) de la pág. 5. Vid. G. de MEDINA SOBRADO, op. cit. pág. 44).
- (53) "Der Vergleich mit dem Sacheigentum als dem wichtigsten absoluten Privatrecht hat der Anerkennung und Durchsetzung des Urheberrechts wertvolle Hilfe geleistet" (Eugen ULMER, "Urheber- und Verlagsrecht" Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1.960, pág. 91).
- (54) Vid. OSTERRIETH, "Altes und Neues zur Lehre vom Urheberrecht", 1.892, pág. 78 sigtes., cit. por ULMER, "Urheber...", pág. 92. Vid. también supra, nota (51). ROEBER, señala que, una vez adoptado el término "propiedad" más que como un nombre ("la tarea del jurista no es construir nombres, sino conceptos", op. cit. pág. 42) como noción aplicable, la construcción de una propiedad perpetua sería lógica. En efecto, es perfectamente posible hacerse esta pregunta: si la mina que se encuentra bajo el fundo pertenece al propietario de éste, sin que él haya hecho nada por la existencia de tal riqueza, ¿por qué en cambio se limitan temporalmente los derechos del autor? "Así pregunta RICHARTZ y contesta: Entiéndalo quien pueda" (Vid. ROEBER, "Urheberrecht oder geistiges Eigentum, ya cit., pág. 44). También HUBMANN establece comparación a estos efectos entre la propiedad de las cosas y el derecho de autor. Suele decirse que en el segundo caso, la creación parte de las aportaciones culturales de generaciones anteriores, de las que se nutre su contenido. Pero, —indica HUBMANN— cuando menos el derecho de autor está fundado en una actividad propia, mientras que la propiedad de las cosas descansa tan sólo en la apropiación. La regla de que el ejemplar material de la obra es objeto de propiedad perpetua debería aplicarse con mucha mayor razón referida a esa creación propia que es la obra intelectual. (Vid. HUBMANN, "Das Recht des schöpferischen Geistes", Berlín, 1.954, pág. 150). En definitiva, el de la perpetuidad o temporalidad, —tratándose exclusivamente del derecho de autor— no es un problema que deba considerarse totalmente zanjado desde el punto de vista de los fundamentos de justicia de la protección.
- (55) Vid. FIKENTSCHER, "Wettbewerb...", pág. 143.
- (56) Vid. Georges BRY, "La propriété industrielle, littéraire et artistique", París, 1.914, pág. 5. BRY replica por su parte a esta argumentación que: "Un tal razonamiento confunde 'la idea', que todo el mundo, en efecto, podrá conocer... y el 'valor comercial', la riqueza producida resultante de la invención, que debe constituir para su autor un derecho privativo, un derecho de propiedad" (op. loc. cit).
- (57) Vid. GIERKE, "Deutsches Privatrecht", Munich-Leipzig, 1.936, vol. I, pág. 760.

(58) Esta posición niega que el derecho del autor y del inventor sea un verdadero derecho subjetivo, sino el simple reflejo de una prohibición legal ("... das Urheberrecht überhaupt kein Recht, sonder nur Widerschein von Verbotsgesetzen sei", es la tesis de esta doctrina, a decir de GIERKE (Op. cit. pág. 756). Con GERBER y LABAND pueden agruparse otros seguidores, cito. por GIERKE, en nota (35) op. loc. cit. Sobre esta interpretación doctrinal puede verse también, ULMER, "Urheber...", pág. 92 n° III; FRANCESCHELLI, "Trattato...", vol II, pág. 543. GIERKE dice de la tesis que en realidad una tal construcción no es ninguna construcción (In Wahrheit ist eine deartige Kronstruktion überhaupt keine Konstruktion...", vid. "Deutsches Privatrecht", pág. 757).

(59) Sobre la evolución de la jurisprudencia francesa, en un principio adherida a la tesis de la propiedad, que ha terminado por abandonar más tarde, puede verse ROUBIER, "Le Droit...", vol. I, pág. 93. Vid. también al respecto FRANCESCHELLI, "Trattato...", vol. II, pág. 556. Este mismo autor recuerda que en el derecho anglosajón se ha conservado la concepción de la patente como un "privilegio" otorgado por la gracia real (Sobre su sentido e incluso fórmula, cfr. MEINHARDT, "Inventions, Patents and Monopoly", pág. 53: "British legal theory regards the grant of a patent as an exercise of the Royal prerogative"). No obstante, la tesis de la propiedad no repugna totalmente en esta concepción: El propio MEINHARDT escribe en la página siguiente y op. cit.: "Patents and copyright are intellectual property". TOULMIN señala que cuando las ideas del inventor han quedado reducidas a una fórmula práctica o a una declaración concreta de tal modo que se ha logrado una invención en la realidad el inventor "... has created a piece of property. This property may be intangible, but it has all the attributes of a property right". (Vid. Harry Aubrey TOULMIN, "Handbook of Patents", Cincinnati, 1954, pág. 47). La "Patent Act" norteamericana de 1.793 usaba la palabra "property". (Vid. sobre la posición de la legislación y de la jurisprudencia, FRANCESCHELLI, "Trattato...", vol. II, pág. 558). Por lo demás la mentalidad jurídica anglosajona no es propicia, como se sabe, a la utilización de conceptos doctrinales inflexibles, lo que hace que no sea difícil que maneje al mismo tiempo nociones diversas para interpretar los fenómenos objeto de estudio y regulación en nuestro campo, como en el caso de V. Alexander SCHER, que califica las patentes de invención y de dibujos, el uso de marcas y el derecho de autor como manifestaciones de una "propiedad intelectual", sin perjuicio de subrayar lo que todas ellas tienen de concesión e incluso lo que, especialmente la patente, significa de "contrato" con la sociedad, en una explicación que recuerda la ya aludida de CASALONGA. (Vid. V. Alexander SCHER, "Patents, trade-marks and copyrights" Basilea. 1.954: "Patents, design patents trade-marks and copyrights are often designated by the term 'intellectual property' which distinguishes these abstract grants from concrete assets of commerce and industry, such as machinery, land, merchandise, buildings, and the like" -pág. 1-. "Our present system of patents is based on a contract theory which was gradually evolved in the English courts long before the passage of our present laws... a patent is a contract between the patentee and the government, which represents the public" -pág. 8 -. Sobre la importancia de la concesión, vid. también pág. 8. SCHER, expone el derecho norteamericano.

- (60) Las dudas y confusiones doctrinales a que da lugar en nuestro derecho positivo este dogma de la "preexistencia" del derecho, y su significado (que en realidad se reduce a señalar el carácter "declarativo" y no "atributivo" del registro del derecho y de la intervención administrativa en su adquisición) han sido tema fundamental de los "Comentarios" publicados por DIAZ VELASCO, en la "Revista de Propiedad Industrial" fundada y dirigida por él, a que nos referimos anteriormente en la I Parte.
- (61) Vid. "Urheberrecht oder geistiges Eigentum" (Pág. 13) de ROEDER, que añade, refiriéndose a LE CHAPELIER, y a su frase transcrita: "Con ello, marcó el punto de partida para un desarrollo más amplio", por que en efecto, el de la "propiedad especial" o "cuasi-propiedad" ha sido el cauce más fértil de la posterior formulación de la doctrina del dominio, aplicada a la explicación de la naturaleza jurídica de estos derechos especiales.
- (62) Vid. ESTASÉN, "Derecho Industrial de España", pág. 488 sigtes.
- (63) Vid. MASSE, "Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit de Gens et le Droit Civil", París, 1.874, vol. II, pág. 596, cit. por G. de MEDINA SOBRADO, "Naturaleza jurídica de la propiedad industrial...", pág. 50 sigtes.).
- (64) Vid. ROGER DALIMIER y Luis GALLIE, "La propriété scientifique", cit. por POIGNON en "Comment le Droit peut-il protéger l'oeuvre scientifique?", pág. 126.
- (65) Vid. PELLA y FORGAS, "Patentes de invención y derechos del inventor", Barcelona, 1.892, pág. 10.
- (66) Vid. DE CUPIS, "Il diritto della personalità", ya cit., pág. 260.
- (67) Vid. DIAZ VELASCO, "Propiedad industrial", en "Diccionario de Derecho privado", de LABOR, pág. 3.158 sigtes. vol II.
- (68) Vid. Mario ROTONDI, "Studi di Diritto industriale", Padua, 1.957, pág. 10.
- (69) Vid. G. DE MEDINA Y SOBRADO, op. cit., pág. 49.
- (70) "No se tienen sobre un fundo rústico los mismos derechos ilimitados que se ejercen sobre el mobiliario, un libro, un sombrero o un vestido: la propiedad de una obra artística es algo muy distinto de una casa o un oficio ministerial..." (Vid. Luis JOSSEAND, "Derecho Civil", Buenos Aires, 1.950, trad. esp. de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROLA, tomo I, vol. II, pág. 140).

- (71) Vid. JOSSEERAND, op. loc. cit.
- (72) Vid. JOSSEERAND, op. cit. tomo I, vol. II, págs. 139, 148 y 149.
- (73) Sobre el planteamiento del problema de las "propiedades especiales" en la doctrina y en el derecho positivo español, puede verse Pedro Miguel G. QUIJANO, "Consideraciones sobre el concepto de las llamadas propiedades especiales", en el vol. I, tomo III, de los "Estudios en homenaje a JORDANA DE POZAS", Madrid, 1.961, pág. 463.
- (74) Sabido es que el Código Civil, dedica el Título IV del Libro II a la rúbrica: "De algunas propiedades especiales", procediendo de los artículos 407 a 425 a incluir una regulación parcial de la propiedad de las aguas; los artículos 426 y 427, a referirse a la de minas; y los artículos 428 y 429, a la "propiedad intelectual". El primero de ellos declara que: "El autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad", limitándose el art. 429 a remitirse a la Ley especial de Propiedad Intelectual, en cuanto a las personas titulares de ese derecho, forma de su ejercicio y tiempo de duración y a declarar la vigencia supletoria del Código Civil. La propiedad industrial ni siquiera es mencionada.
- (75) Vid. la referencia que hace G. QUIJANO, op. cit. pág. 475, nota (17) al pensamiento de ROYO-VILLANOVA expuesto en sus "Elementos de Derecho Administrativo", Valladolid, 1.948, tomo II, pág. 465.
- (76) G. QUIJANO ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los diversos criterios utilizados normalmente por la doctrina para justificar esta denominación de "propiedades especiales" con que se distingue a las de aguas, minas, montes, propiedad intelectual y propiedad industrial tradicionalmente en nuestros estudios jurídicos y en la legislación, en el trabajo ya cit., págs. 473 sigtes.
- (77) "Bajo la rúbrica arbitraria y falsa de "propiedades especiales" un sector importante de la doctrina suele agrupar un conjunto dispar de derechos, de muy diversa naturaleza y sin más denominador que acampar fuera de los lindes del régimen normal de propiedad" (Vid. E. VERDERA, "Crítica de libros", la recensión de la obra de MASCAREÑAS, "La Propiedad Industrial; Legislación y Jurisprudencia", en "REV. DCHO. MERC.", 1.948, pág. 121).
- (78) Vid. ROEBER, op. cit. pág. 45.
- (79) Vid. la referencia de RODRIGUEZ ARIAS, en op. cit., al trabajo de CARNELUTTI, "Sull'obbietto del diritto di privativa artistica e industriale", publicado en la "Riv. Dir. Commerciale", 1.912, tomo II, pág. 925).

- (80) Vid. Ludovico BARASSI, "Istituzioni di Diritto civile", Milán, 1.955.
- (81) BARASSI, op. cit. pág. 96).
- (82) Así, examina BARASSI las principales objeciones clásicas: la imposibilidad de la posesión del objeto (a la que replica que también existe algún género de "reivindicación", siquiera sea de naturaleza diferente que en la propiedad de las cosas, como corresponde a la especial naturaleza del objeto); la nota especial que caracteriza a la propiedad de ser un derecho que tiende fuertemente y de un modo necesario a mantenerse exclusivo, al lado de la situación especial representada por el derecho de los creadores (frente a lo que invoca BARASSI el supuesto de la "copropiedad", en que el mismo derecho dominical pertenece a diversos titulares); la perpetuidad de la propiedad, al lado de la temporalidad de estos derechos especiales (objeción que se desvanece teniendo en cuenta que en muchos casos la nota de perpetuidad falta en la propiedad común, pero sobre todo, si se observa que la perpetuidad acaso no sea un carácter esencial de la propiedad); el que la propiedad de las cosas materiales no es en el fondo más que el reconocimiento hecho por la ley de la apropiación que el interesado ha realizado por sí mismo de la cosa, mientras el derecho de autor y el del inventor no serían más que una pura creación legal, ya que el privilegio monopolístico que confieren no existe de modo natural, sino que es una creación artificial del derecho (a lo que replica que el derecho discutido puede ser una verdadera propiedad aunque su disciplina se contenga de un modo pleno en una ley especial, dada la naturaleza incorporea del objeto, sin que pueda olvidarse que el estado de hecho que sirve de base a la propiedad común —es decir, la previa posesión física de la cosa— tiene su correlativo en la propiedad literaria o artística en un estado de hecho también, el constituido por la formación de una idea artística, literaria o industrial concretada exteriormente y susceptible de transformarse en una realidad económica), etc. etc. (Vid. BARASSI, "Diritti reali e possesso", I, págs. 183 y sigtes.
- (83) Señala BARASSI que el verdadero escollo a superar para la aceptación de la tesis del dominio no es tanto, como podría parecer a primera vista, la inmaterialidad de la cosa, como el elemento personal que encierra la obra misma y la vincula a su autor. "Precisamente éste es el obstáculo —que en la edición anterior consideraba, y no únicamente yo, insuperable— para admitir una propiedad sobre el pensamiento humano". Este obstáculo lo salva la consideración de la objetividad de la obra, en que el pensamiento aparece "... considerado en su destinación a la colectividad y casi objetivado exteriormente en su contenido" (Vid. "Diritti reali e possesso", I, págs. 190-191).
- (84) Vid. BARASSI, op. cit. pág. 185.
- (85) Vid. FUGLIATTI, "La proprietà nel nuovo diritto", pág. 159.

(86) Vid. BRASIELLO, "Corso di diritto romano", pág. 31.

(87) La idea, ya expresada por PUGLIATTI y BRASIELLO, es recogida en general por la doctrina: El dominio agota toda la utilidad económica de la cosa, confundiéndose con ella de tal modo, que no digo "tengo un derecho de propiedad sobre la casa", sino "mi casa" (COLIN y CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil", tomo II, vol. II, pág. 464). La amplitud del contenido del derecho hace sustituir "La cosa" por la "propiedad de la cosa" (BARASSI, "Istituzioni..." pág. 133); decimos "mi propiedad", por decir "mi fundo". Esto es lo que sucede en los derechos que tratamos, en que no puede hablarse de nada que se parezca a un "uso" de la cosa (de la obra, de la invención), que, agotando su utilidad económica, permita esa hipóstasis entre el derecho y el objeto, característica del dominio.

(88) POIGNON, glosando la estructura clásica de la propiedad, se pregunta si es posible que sobre una idea exista ese derecho por el que una cosa aparece sometida de manera absoluta y exclusiva a la acción y a la voluntad de una persona. Recuerda que esto es posible únicamente si la idea no es revelada, pero esta es una situación de la que no se preocupa el derecho, por lo que si esa idea no revelada puede o no ser objeto de propiedad, carece de interés. Pero una vez revelada, es ya imposible extraer de una persona el concepto que ha logrado asimilar. Una idea no es susceptible de apropiación, por lo cual hablar de propiedad de las ideas significa pretender una indeseable extensión del concepto de propiedad a un terreno para el cual no ha sido concebido. (Vid. "Comment le Droit peut-il protéger l'oeuvre scientifique?", cit., págs. 132-133). Sobre las ideas como objeto del derecho, vid. FRANCESCHELLI, "Le idee come oggetto di rapporti giuridici", en "RIV. DIR. INDUSTRIALE", 1.961, enero-junio, pág. 28 sigtes.).

(89) Vid. ROUBIER, "Le Droit...", I, pág. 95.

(90) La razón por la que ha de rechazarse la tesis del derecho real y de la propiedad como explicativa de la naturaleza de estas instituciones no es, para FRANCESCHELLI, la perpetuidad del dominio, frente a la temporalidad de las exclusivas del autor y del inventor, pues, aparte ser posible concebir una propiedad "ad tempus", "... en realidad no existe ningún elemento objetivo que impida que esta "propiedad" (si fuese tal) durase perpetuamente". Tampoco estriba el argumento esencial en la diversidad del objeto en uno y otro tipo de poderes jurídicos; ni en que en los derechos que estudiamos sea o no posible la reivindicación y quepa o no admitir en nuestro caso la figura de la posesión. Lo que impide considerar como derecho de propiedad el del autor y el inventor es que tal figura "... no explica en todo caso por qué el titular de la invención o de la obra de arte o sus causahabientes puedan, después de haber enajenado un ejemplar del objeto o del volumen, impedir al comprador que lo reproduzca, es decir, que hagan, para volver al ejemplo del economista FERRARA,

lo que hace el que ha comprado grano y lo siembra en parte, o patata y hace lo mismo, o gallinas y pone a incubar los huevos". (Vid. "Trattato...", I, pág. 569-572). Por su parte, GUGLIELMETTI declara que ese efecto impediendo que emana de estas instituciones es lo que justifica su inclusión en la categoría de "monopolios" e impide la aceptación de la tesis de la propiedad, pues éste es un tipo de derecho que no concede al titular "... la facultad de impedir que el adquirente que se sirva de la cosa que le ha sido enajenada del modo que considere más oportuno. que es precisamente lo que caracteriza a estos otros derechos, que "... constituye una intromisión en la esfera dominical ajena y representa una característica esencial (y diferencial respecto a la propiedad) de las relaciones de monopolio". (Vid. "Il marchio. Oggetto e contenuto", Milán, 1955, págs. 226-227).

- (91) Vid. "Trattato...", I, pág. 573.
- (92) Vid. ASCARELLI, "Teoría dell concorrenza..." pág. 208.
- (93) Vid. estas ideas en CASANOVA, "Le imprese commerciali", Turín, 1955, págs. 654-655. "El poema, como tal, es gozado por todo aquel que disponiendo de un ejemplar (como propietario, como datario, frecuentador de una biblioteca, etc.) lo lea. La obra pictórica, análogamente es gozada por cualquiera que contemple el cuadro, bien sea en la mansión en la que se custodia, o como visitante de la exposición en que está expuesto, y así sucesivamente. El "derecho patrimonial de autor", por el contrario, es exclusivamente un derecho de "utilización económica". Tiene propósitos y contenido propios, diversos del "derecho de propiedad".
- (94) Vid. ROUBIER, "Le Droit...", I, pág. 98.
- (95) La frase transcrita puede leerse en "Le droit subjectif" de DABIN, defensor de la tesis de los derechos incorporales, a que se alude infra, pág. 90, y constituye una objeción a la teoría de la propiedad, que DABIN desvanece con la siguiente argumentación: "Se objeta que la propiedad de una cosa corporal, a diferencia del titular de un derecho intelectual -obra o invención- no tiene ningún monopolio de explotación, en el sentido de que no está en su derecho prohibir a otro propietario reproducir sobre su bien (imitar) el modo de explotación elegido por él y, de esta manera, hacerle competencia. Se dice también que los derechos sobre cosas corporales se establecen sobre todo para asegurar a sus titulares el goce privativo de esas cosas, mientras los derechos del autor o del inventor se establecen sobre todo para impedir a los terceros la explotación de la obra o de la invención. Pero esas diferencias no prueban más que la diferencia entre las cosas corporales y las incorporales". (op. cit., pág. 193-194).
- (96) Vid. ROGUIN, "Las reglas jurídicas" nº 172.
- (97) Vid. ROGUIN, op. cit., nº 172.

- (98) Vid. FRANCESCHELLI, "Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur", en "Mélanges PLAISSANT", vol II, pág. 453 sigtes.
- (99) Se ha visto ya que para FRANCESCHELLI la nota de la temporalidad de estos derechos frente a la perpetuidad del dominio no constituye un obstáculo insuperable para la aceptación de la tesis de la propiedad. La afirmación de que la perpetuidad no es carácter esencial del dominio se encuentra admitido con bastante generalidad en la doctrina (Vid. BARASSI, "Diritti reali e possesso", I, pág. 187 y también, "Proprietà e comproprietà", Milán, 1.951, pág. 85; STOLFI, "Diritto Civile", Turin, 1919, II, pág. 238; DABIN, "Le droit subjectif", pág. 190, nota (2). Para BREUER, la "temporalidad" de que hablamos no es más que una limitación del derecho, fundada en razones sociales e independientes, por lo tanto, de la naturaleza jurídica que corresponda al derecho mismo (vid. "Tratado de Patentes de invención", I. pág. 48). GHIRON en su "Corso di Diritto industriale", vol. I, "Invenzioni e brevetti", Roma, 1.948, pág. 62, señala que la discutida temporalidad es una cualidad del objeto del derecho y no del derecho mismo, "e non suscita più meraviglia né crea ostacolo a parlare di proprietà così come si parla di proprietà di un oggetto avente vita breve, senza nessuno si stupisca del fatto che, come è destinata a durare poco tempo l'oggetto, poco durerà la proprietà su di esso". ROGUIN, al combatir la tesis de la propiedad, renuncia a hacer uso del clásico argumento de la temporalidad del derecho de autores e inventores frente a la perpetuidad del dominio, con estas palabras: "no pretendemos imitar tampoco a los autores faltos de métodos, pero desgraciadamente muy numerosos, que para impugnar esa falsa opinión insisten sobre el carácter "limitado en cuanto a la duración y a la transmisión" de la sedicente propiedad intelectual; argumento que, como todos los de su clase, más bien compromete nuestra tesis y carece de valor en absoluto, porque el legislador es dueño de declarar esta pretendida propiedad tan perpetua y tan transmisible como cualquiera otra; y porque además, tratándose de su naturaleza, no tienen importancia alguna las consideraciones deducidas de la duración y el carácter de la transmisión de un derecho...; de manera que con ello comprometen frecuentemente su causa los adversarios del concepto de una "propiedad intelectual" (Vid., "Las reglas jurídicas", n° 174).
- (100) Vid. ROGUIN, op. cit. n° 165.
- (101) Vid. RODRIGUEZ ARIAS, "Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales" ya cit., en REV. DCHO. PRIV., 1.949, págs. 747, sigtes. y 830 sigtes.
- (102) FRANCESCHELLI, op. cit., II, pág. 565.
- (103) Recuerda, en efecto, PUGLIATTI que la doctrina, por lo general, cuando acepta la tesis de la propiedad o de los derechos reales como categoría aplicable al derecho del autor y

del inventor o al titular de signos distintivos, lo hace a través de distinguos y condicionamientos, como en el caso de MESSINEO, al declarar que no existe inconveniente en hablar de propiedad siempre que "no se pierda de vista la peculiaridad de su objeto y de su contenido"; o en el de CARNELUTTI, que "en su "Usucapione della proprietà industriale" comienza por hablar de un "nuevo tipo de propiedad", para terminar refiriéndose a "un trinomio de derechos absolutos o primarios", constituidos por el derecho de la personalidad, el de propiedad material y el de propiedad inmaterial, aunque los dos los considere modalidades del derecho de propiedad. Su encasillamiento en esa noción, —dice PUGLIATTI— "es puramente verbal". Lo mismo sucede con GRECO, etc. (Vid. "La proprietà nel nuovo diritto", pág. 252-253, nota (358)). La referencia de PUGLIATTI podría verse ampliada con otra gran cantidad de citas. La posición consiste en condicionar la aceptación de la teoría del dominio a salvedades, matices y distinciones es, como sabemos, nota general de la tesis que explica los derechos de los creadores como verdaderas propiedades.

- (104) Vid. "Teoría della concorrenza...", pág. 218.
- (105) Vid. GHIRON, "Corso..." cit., pág. 62 sigtes.
- (106) Vid. ULMER, "Urheber...", pág. 92.
- (107) RAMELLA indicaba ya que la circunstancia de que en ambos casos el derecho recaiga sobre un bien exterior al sujeto es un dato común a la propiedad ordinaria y al derecho de los creadores (Vid. "Tratado de la Propiedad Industrial", I, pág. 13). ASCARELLI no rechaza la tesis de la propiedad —y su compatibilidad con la concepción de un derecho sobre bienes inmateriales— precisamente en razón a que es la que mejor expresa la existencia de un señorío que recae sobre un bien autónomo. (Vid. "Teoria della concorrenza..." pág. 218).
- (108) Al estudio y crítica de la "idea rediviva" de la propiedad dedica ROEBER la obra ya cit., "Urheberrecht oder geistiges Eigentum". Del tema se ocupa también especialmente ULMER, en la op. cit., pág. 93, al recordar que el concepto de propiedad domina en el uso lingüístico y aludir al pensamiento de HUPMANN, LEBMANN, ERMECKE, OVERATH, RICHARTZ, etc.
- (109) Sabido es que KOHLER no fue únicamente un especialista en esta clase de estudios, sino también un filósofo del derecho, cuyas obras, en ese aspecto —como recuerda ROUBIER, "Le droit...", I, p. 37— han sido analizadas por GENY, en su "Science et technique en droit privé positif". Los principales trabajos de KOHLER sobre nuestro tema son: "Forschungen aus dem Patentrecht", Mannheim, 1.888; "Handbuch des deutschen Patentrecht", Mannheim 1.900; "Warenzeichenrecht", Mannheim-Leipzig, 1.910; "Urheberrecht an Schrifwerken und Verlagsrecht", Stuttgart, 1.907 y "Der unlautere Wettbewerb", Berlín-Leipzig, 1.914. Señala CIAMPI que KOHLER formuló su teoría

inicialmente en un trabajo publicado en 1.875, titulado "Studie über die ideale Güter" (Vid. "Diritto di autore. Diritto naturale", cit. pág. 63). En la construcción de KOHLER, pueden contar como precedente los pensamientos de FICHTE, HEGEL y SCHOPENHAUER. FICHTE, en su "Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks", 1.793, distinguía en un libro entre lo corporal o material del mismo (el papel impreso), su contenido intelectual (los pensamientos enunciados) y la forma en que el pensamiento se expresa; señalando que la adquisición del libro origina en el comprador sólo una propiedad material; que el contenido de éste se transforma en un bien libre, mediante la publicación de la obra, pero que, en cambio, la forma adquirida por el pensamiento permanece de la propiedad exclusiva del autor. HEGEL ("Grundlinien der Rechtsphilosophie", diferenciaba entre el ejemplar individual de una obra y la manera o el estilo, que pertenece siempre al autor. SCHOPENHAUER elabora una distinción entre la "propiedad de la cosa" y la "propiedad intelectual" ("Sacheigentum" y "geistigen Eigentum"), entendiendo que en la obra intelectual existe una propiedad inmaterial ("ein immaterielles Eigentum"), que no puede ser sometida a las mismas reglas que la propiedad material. (Cfr. Heinrich HUBMANN, "Urheber und Verlagsrecht", Munich-Berlin, 1.959, pág. 18). En el mismo sentido de aludir al pensamiento de SCHOPENHAUER como precedente para KOHLER, vid. FIKENTSCHER, "Wettbewerb...", pág. 143).

- (110) Cfr. FIKENTSCHER, "Wettbewerb...", pág. 142-143.
- (111) "Und sich bedeutet "Eigentum" Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu einer Person" (Vid. RINTELEN, "Urheberrecht...", pág. 34, II, 1.
- (112) "Für das "Vermögensrecht knüpft er -KOHLER- an die Lehre vom geistigen Eigentum an, die er zur Theorie vom Immaterialgüterrecht fortentwickelt" (Vid. ULMER, op. cit., pág. 96-97).
- (113) Vid. ULMER, op. cit., pág. 97.
- (114) El monopolio, como concepto es "einem formlosen Notbau" (Vid. "Handbuch des deutschen Patentrechts", pág. 88, cit. FIKENTSCHER, "Wettbewerb...", pág. 143). FIKENTSCHER comenta (op. loc. cit) el carácter incompleto de la tesis de KOHLER, no desde el punto de vista que acusa, por ejemplo, ULMER, (es decir, en cuanto que desmembra la unidad del derecho del creador en una visión dualista, vid. "Urheber...", pág. 96), sino por no haber acentuado el estudio del contenido económico del derecho y su configuración como una exclusiva que incide en la libertad de competencia. Señala FIKENTSCHER "Por importante que fuera la introducción de los derechos sobre bienes inmateriales en la protección jurídica industrial alemana, por de pronto con ella quedó roto un puente: el puente de la competencia".

(115) ASCARELLI dice de KOHLER que ha sido, sin ninguna duda, "... el Maestro que ha dado alla materia... una inquadratura logica e un architettura giuridica rimasta attuale, pur nel passare degli anni". ("Teoria della concorrenza...", pág. 34).

(116) Vid. Luigi SORDELLI: la estructura jurídica del derecho de los creadores no puede construirse sino como un derecho sobre bienes inmateriales, como afirma hoy toda la doctrina. ("La concorrenza sleale", ya cit. p. 37); Jacques SECRETAN: la primera de las proposiciones que deben formularse para introducir un cierto orden en la doctrina de los derechos intelectuales, es que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, proposición sobre la cual la unanimidad se conseguirá sin esfuerzo. ("Les droits intellectuels et les Nations Unies", en PROP. IND., 1.957, pág. 100); Mario CASANOVA: la noción de "bien inmaterial" es admitida sin reserva, sin duda y sin discusión por los juristas de nuestro tiempo ("Le imprese commerciali", Turín, 1.955, pág. 648); Remo FRANCESCHELLI: la fórmula "bien inmaterial" viene siendo aceptada por los más sin discutirla e incluso sin explicarla y termina por transformarse, por inercia en una expresión de uso común. ("Trattato di Diritto industriale", Milán, 1.960, II, pág. 576). HUBMANN, "La teoría de los bienes inmateriales ha llegado a ser un firme elemento de nuestro ordenamiento jurídico". (op. cit. pág. 19). Incluso los autores que combaten o no suscriben la teoría del derecho sobre bienes inmateriales, se sirven de conceptos consagrados en ella, tal como lo hacen ULMER, RINTELEN, HUBMANN, etc. Ni en obras como la de BUSSMANN, PIETZCKER y KLEINE -la ya cit. "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-, tan alejadas del pensamiento de KOHLER, en cuanto que representan precisamente acentuar el fondo económico y las relaciones de estos derechos con la competencia, que es el aspecto despreciado por dicha teoría, a decir de FIKENTSCHER, es inevitable la utilización del concepto de "bien inmaterial" (Vid. cómo, ad. ex., al referirse al derecho de marca, los autores citados lo califican como un "derecho sobre bienes inmateriales", en la pág. 94, op. cit. Las rectificaciones introducidas en la teoría clásica por parte de la doctrina que modernamente la formula se refieren de modo fundamental precisamente a esa concepción de los signos como "bienes inmateriales", contra la concepción de KOHLER, para quien aquí no existe sino un derecho de la personalidad.

(117) Aunque parezca paradójico, en Alemania existen muy escasas manifestaciones de la posición que consiste estrictamente en la afirmación de un derecho sobre "bienes inmateriales". Naturalmente que, la doctrina alemana no es una excepción al fenómeno general de incorporación y asimilación plena de la teoría y del pensamiento de KOHLER, en lo que éste tuvo de identificación de un bien nuevo, irreductible a las características y al sistema de las cosas materiales. En ese aspecto, todos los escritores germánicos de hoy, son, podría decirse, representantes de la doctrina de los bienes inmateriales, en cuanto trascienden sus ideas básicas al objeto. Pero, con esta salvedad, la doctrina alemana se ha apartado hoy de la tesis que comentamos, no porque la recuse en cuanto a los hallazgos descriptivos y metodológicos, tanto como por otra razón: porque el problema fundamental para los

juristas alemanes está siendo ahora la opción entre una interpretación "monista" o una interpretación "pluralista" del derecho de autores e inventores. Se trata de determinar si ese derecho es una figura unitaria (en la que haya que incluir todos los aspectos económicos y espirituales, patrimoniales y personales de la protección), o ha de concebirse diversificando en lo que en la terminología francesa viene llamándose el "droit moral", de un lado, y las prerrogativas patrimoniales que se dirigen a la exclusiva de reproducción de la obra, por otro. Este tema, como veremos, ha eclipsado hoy, en la doctrina alemana, al clásico problema de la "naturaleza jurídica". Ahora bien, la teoría de los "bienes inmateriales" es esencialmente "dualista", mientras que en Alemania la tesis unitaria o "monista" ha sido acogida de un modo casi unánime, como recuerda SANTINI (cfr. "I diritti della personalità nel diritto industriale", Padua, 1.958, p. 18, nota (9). Como una comprobación de ello, puede leerse en FIKENTSCHER cómo la pugna entre "monismo" y "pluralismo" ha hecho triunfar a los partidarios de la construcción unitaria, y por ello se ha dado de lado a la idea del derecho sobre "bienes inmateriales", en el sector del derecho de autor (Wettbewerb...", p. 146). A todo ello se debe que el núcleo fundamental de la actual doctrina -y nombres como los de ULMER, HUBMANN o HINTELEN- no esté afiliada a esta concepción. En ella podemos incluir: C. SCHRAMM, "Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts", Berlín-Colonia, 1.957; id. "Die schöpferische Leistung", Berlín-Colonia; E. REIMER, "Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", Colonia-Berlín, 1.954; A. TROLLER, "Immaterialgüterrecht", Basilea-Stuttgart, 1.959; id., "Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz", Basilea, 1.948; MICHAELIS, "Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse im deutschen Urheberrecht", 1.946. La bibliografía italiana sobre la teoría de los bienes inmateriales es muy copiosa. Podrían recordarse, -aparte las obras ya cit. de ASCARELLI, que hace compatible esta posición con la admisión condicionada de la tesis de la propiedad y con el reconocimiento de su vinculación a la disciplina de la competencia, SORDELLI, CARNELUTTI, GRECO, RIONDI y BARASSI- con lo que se aprecia la frecuencia con que se hacen compatibles la doctrina de la propiedad y la que comentamos.

- (118) La estrecha vinculación del derecho al nombre con respecto al derecho de la personalidad, puede verse razonada, ad. ex. en Wolfgang SIEBERT, "Persönlichkeitsrecht, Namensrecht, Zeichenrecht", Stuttgart, 1.959, sep. de los "Comentarios al Código civil", SOERGEL-SIEBERT, referidos al art. 12 de dicho Código civil alemán. La doctrina francesa rechaza la consideración del nombre comercial como un objeto de propiedad y un bien inmaterial, sobre la base de que en el régimen positivo del país vecino no existe un verdadero "derecho exclusivo" al uso del nombre comercial (Vid. Fernand-JACK, "Variations sur le droit au nom", en "PROPRIETE INDUSTRIELLE", 1.947, pág. 77 sigtes.).
- (119) Vid. KOHLER, "Der unlautere Wettbewerb", cit., pág. 17 sites.
- (120) Vid. ROEBER, "Urheberrecht oder geistiges Eigentum", pág. 43.

- (121) Es necesario no confundir la obra intelectual, "con el objeto material que es su expresión y que fija establenente la idea en la forma concreta, objeto que deviene propiedad del adquirente, y sobre el cual el autor no tiene, después de su enajenación, ningún derecho. Antes de la enajenación, el autor puede tener sobre el objeto material un derecho de propiedad, pero también puede no tenerlo"... "Se trata en todo caso de bienes bien distintos...". Tratándose por ejemplo, de una obra literaria, cuyo manuscrito haya sido cedido por el autor a un editor para su publicación, "el autor no tendrá, una vez impresa la obra, ningún derecho de propiedad sobre los ejemplares impresos" (Vid. E. VALERIA y Z. ALGARDI, "Il diritto d'autore", Milan, 1.943, p. 4).
- (122) Vid. ad. ex. Vladimir PAPPALÀ, "A propos du caractère juridique et des vicissitudes historiques du droit de propriété sur les oeuvres de littérature et d'art", Grenoble, 1.886, trd. fr. de Jules CLOZEL: "... la palabra, la escritura, el grabado, los colores, los mármoles, las notas musicales, no son sino los objetos materiales que traducen los productos del espíritu. La materialización que ven los adversarios del derecho de los autores constituye una metonimia y toma el signo por la cosa significada. Nadie puede comprar la "Divina Comedia" de Dante, sino solamente la materia, es decir, los volúmenes en que está impresa". (Págs. 8-9).
- (123) Cfr. TROLLER, "Immaterialgüterrecht", I, pág. 52.
- (124) Vid. FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, pág. 544.
- (125) Vid. VALERIO y ALGARDI, op. cit., pág. 4.
- (126) Vid. CARNELUTTI, "Usucapione...", pág. 27.
- (127) Vid. GRECO, op. cit., n° 10, pág. 12.
- (128) Vid. estas ideas en GRECO, op. cit., n° 15, pág. 20.
- (129) Vid. BIONDI, "I Beni", ya cit., pág. 45.
- (130) Vid. HUBMANN, "gewerblicher Rechtsschutz...", pág. 43.
- (131) Si el derecho a que dan lugar "... nom é il vero e puro diritto dominicale", forma parte del patrimonio (Vid. STOLFI, "Diritto Civile", Turín, 1.919, vol. I, pág. 446).
- (132) Vid. "Istituzioni di Diritto Civile", 1.912, I, cit. por RODRIGUEZ ARIAS, en op. cit. publicada en la "REV. DCHO. PRIVADO", 1.949, págs. 747, sigtes., y 830 y sigtes.

(133) Vid. CARNELUTTI, "Usucapione...", pág. 21 sigtes.

(134) La característica esencial de la concepción de ASCARELLI es la de constituir una síntesis de posiciones, en que resulta compatible, como hemos señalado, de un lado, el "recurso al esquema de la propiedad", siempre que se condicione al reconocimiento del carácter inmaterial del objeto y se compagine con la conexión íntima de estas instituciones con el fenómeno de la competencia económica. En tal sentido, la tesis de ASCARELLI adquiere una matizada ponderación y ofrece un evidente equilibrio entre posiciones doctrinales normalmente en pugna: la doctrina de la propiedad, la del derecho sobre bienes inmateriales e incluso la tesis del monopolio, que recoge ASCARELLI en todo su significado económico, aunque sin convertirla en una explicación doctrinal de la naturaleza jurídica de estas figuras. Por ello señala SORDELLI que este autor ha demostrado la posibilidad de superar las dificultades aparentes que existen entre teoría de los bienes inmateriales y teoría de la concurrencia (Vid. "La concurrencia sleale", pág. 34 sigtes.) Y FRANCESCHELLI, por su parte, no recata su admiración por la obra de ASCARELLI, aún discrepando de sus conclusiones fundamentales. Después de referirse a dicha posición, declara: "La construcción, interesantísima, está, como puede verse, mucho menos lejos de la mía de lo que se podría suponer a primera vista, por la diversidad de las palabras que se emplean. En muchísimos puntos y aspectos, coincido con ella sin más". Sin embargo, concluye que, por las razones que tiene expuestas -y especialmente porque "... yo no acierto a ver en el objeto de la invención o de la obra de arte una cosa..."-, su posición ha de resumirse diciendo que "... ni siquiera el sugestivo y elegante (aunque también complicado) argumentar de ASCARELLI, me ha inducido a abandonar mi tesis y mi explicación del fenómeno" (Vid. FRANCESCHELLI, "Trattato...", II págs. 573-574).

(135) Cfr. estas ideas de SORDELLI, en "La concurrencia sleale", pág. 38 sigtes.

(136) Vid. GRECO, op. cit., pág. 22 sigtes.

(137) Vid. TROLLER, "Immaterialgüterrecht", I, pág. 68 sigtes.

(138) Vid. TROLLER, op. loc. cit.

(139) Vid. ASCARELLI, op. cit. pág. 260, Sin embargo, la ejecución forzosa referida a los derechos sobre creaciones intelectuales suscita problemas propios sobre los que puede verse: L. FERRARA, "L'esecuzione forzata e sequestro delle opere dell'ingegno", Milán, 1.958; Crisanto MADRIOLI, "L'esecuzione forzata in forma specifica", Milán, 1.953, pág. 41 sigtes.

(140) Vid. ASCARELLI, op. loc. cit.

- (141) Cfr. ASCARELLI, op. cit., pág. 204 sigtes.
- (142) Vid. BARASSI, "Diritti reali e possesso", I, pág. 155.
- (143) Vid. BIONDI, "I Beni", pág. 23.
- (144) Vid. BIONDI, op. cit. pág. 22 sigtes., STOLFI, "Diritto Civile", I, pág. 443.
- (145) Vid. TROLLER, "Immaterialgüterrecht", I, pág. 51.
- (146) Vid. TROLLER, op. cit., págs. 48-49.
- (147) Vid. ASCARELLI, op. cit., pág. 202.
- (148) Vid. ASCARELLI, op. cit., pág. 203.
- (149) Vid. BIONDI, op. cit., pág. 45.
- (150) Vid. TROLLER, op. cit., pág. 52.
- (151) Vid. GRECO, op. cit., pág. 7.
- (152) Vid. ASCARELLI, op. cit., pág. 208.
- (153) Cfr. las ideas de TROLLER en op. cit., pág. 48 sigtes.
- (154) Vid. ASCARELLI, op. cit., pág. 203-204.
- (155) Vid. FABIANI, "Esecuzione forzata e sequestro delle opere dell'ingegno", ya cit., pág. 184.
- (156) La construcción de TROLLER parte de las premisas de una teoría de la estética de HARTMANN, como puede verse en su "Immaterialgüterrecht", I, pág. 378. Vid. también infra, nota (167).
- (157) Vid. CARNELUTTI, "Usucapione...", págs. 25-26.
- (158) Vid. CARNELUTTI, "Usucapione...", pág. 27.
- (159) Vid. CARNELUTTI, "Teoría general del Derecho", ya cit., págs. 19 sigtes.

- (161) Resulta de especial interés hacer un extracto más amplio del pensamiento de TROLLER, sobre el tema. He aquí como podría concretarse: La distinción entre la obra y el ejemplar material que la representa es elemental; pero aún hay que hacer otra distinción, entre la "forma de comunicación" elegida por el autor y la obra misma. El jurista lo comprueba así al apreciar cómo en la obra literaria no es posible detenerse en esa "forma de comunicación", sino que hay que ir más allá del ensamblaje de las palabras para encontrar la obra. Si las palabras, las líneas o los colores agotasen la obra y la manifestasen de un modo plano, entonces la tarea del jurista sería evidente. Pero se aprecia que no es así al comprobar que la obra puede ser traducida, adaptada, expuesta en sus rasgos fundamentales, etc. y en todos estos casos, aunque esa "forma de comunicación" se ha alterado, sin embargo, reconocemos aún la misma obra ("...erkennen wir immer noch dasselbe Werk"). ¿Cuál es la razón de este fenómeno -parece preguntarse TROLLER?. He aquí la respuesta: Es que la que le ha dado el autor a la obra es la más completa y la mejor; pero no la única forma posible de ser percibida. ("Die dem Werk vom Autor selber gegebene Sprachform ist die vollendteste Wiedergabe des Werkes und zugleich seine beste Form. Aber sie ist nicht die einsige mögliche sinnlich wahrnehmbare Vermittlung des Werkes"). Junto a la "forma de comunicación" elegida por el autor, cabe que la misma obra sea comunicada mediante otras formas diferentes. La estética y el derecho han expresado esta independencia de la obra con respecto a su forma concreta de manifestarse en la antítesis dual de la "forma externa" y de la "forma interna" ("...in gegensatzpaar der äusseren und inneren Form"). (Vid. TROLLER, op. cit., I, pág. 378 sigtes.). Queda claro de este modo, como puede apreciarse, que la teoría de las "formas" que lleva a distinguir en una obra su "forma externa" de ese otro núcleo íntimo del que aquélla es sólo una versión actual y fungible (la "forma interna") es sólo un expediente conceptual para aprehender la esencia de la creación, que exige fragmentarla en "capas", "estratos" o "sectores" distintos (TROLLER titula esta parte de su estudio "Die Schichten des Werkes"), procediendo para ello a una especie de "reconstrucción" del proceso creativo (Vid. sobre esto, infra, pág. ...), con la preocupación de determinar qué es lo protegible. Sobre el valor instrumental de esta técnica de descomposición se expresa con claridad TROLLER: "El desdoblamiento de la obra en la forma externa y en la forma interna es un medio cómodo, aunque demasiado fácil, de hacer comprensible al jurista que no debe considerar como la obra protegible tan sólo esa única forma concreta que le es presentada". Y alude a que ya KOHLER había utilizado la forma interna únicamente como un "Oberbegriff" para las diferentes determinaciones esenciales de la obra, siguiendo el camino trazado por HARTMAN (Vid. TROLLER, op. cit., I, pág. 380). Ahora bien, debemos preguntarnos nosotros- esta descomposición de la obra en capas, esta imagen de un núcleo íntimo y esencial, que luego resulta comunicado en una forma perceptible sensorialmente, ¿es la interpretación que mejor expresa el fenómeno de la creación intelectual?. Es evidente que pueden oponérsele

serios reparos. En primer lugar, ese análisis maneja la realidad que es una creación de un modo excesivamente descarnado y directo. La obra "resulta" de un acto creador; es, pues, un "resultado" y aquí se la contempla casi en permanente estado de proyecto, puesto que su esencia -se ha visto ya- estriba en un núcleo incommunicado, que se sirve de ropajes exteriores. "La "forma externa" aparece sólo como un accidente acaecido a una "forma interior". A nuestro juicio, sin embargo, la "forma externa" no es un mero dato fungible, porque tiene un valor representativo muy específico de lo que verdaderamente es la obra. Acota un conjunto de significados y tiene la virtud de imponer sentido a la materia. En definitiva, la obra es lo que hizo un autor; no lo que pudo hacer; y por ello eso que se llama su "forma externa" tiene siempre el efecto determinante de todo lo formal, si es que no queremos quedarnos en una acepción cabría decir que puramente morfológica de la "forma". De ahí que para nosotros no sea irrelevante, ni desde el punto de vista de la apreciación de los valores intrínsecos de la obra (los estéticos, intelectuales o industriales, y los expresivos de la personalidad del autor, que no pueden ser olvidados), ni tampoco desde el otro punto de vista posible: el de la protección jurídica. Claro está que esto no es decir que la obra se agote en su "forma externa". La forma externa tiene siempre un valor determinante de la obra; pero acota un amplio complejo de significaciones. Podría decirse que produce un impacto más extenso que el de su propia significación. La obra es esa especie de "unidad de sentido" cuya representación máxima es la "forma externa". El sentido que ha logrado imprimirse en la realidad natural puede representarse de otra forma, pero sin lograr con ello nuevas acotaciones de sentido, en lo esencial. Este fenómeno es perfectamente compatible, sin embargo, con la afirmación de que crear una obra consiste, no en haber alumbrado abstractamente un núcleo íntimo de significaciones y de valores intrínsecos; expresivos o personales, sino a la inversa: en haber forjado aquella concreta determinación de sentido, que ya acota un complejo amplísimo, al que forzosamente termina por remitirse cualquier otra "versión", que es la razón por la que reconocemos en ella "la misma obra". De ahí la relevancia de la forma externa (que razonemos infra. pág. 9, V. Parte) y su carácter de máxima representación del sentido de la obra. En este aspecto, hay que aceptar la posición de BERGSTRÖM, al que también se refiere TROLLER (Vid. op. cit. págs. 380 y sigtes.).

- (162) FRANCESCHELLI señala que no es preciso distinguir sólo entre forma externa, forma interna y contenido, sino también -contra lo que entiende GRECO-, entre tales elementos y los "medios expresivos" de la terminología alemana ("Ausdrucksmittel"). El "medio de expresión" no se identifica con la "forma externa" y la modificación o sustitución de éste no modifica la de aquélla, como reconoce la doctrina italiana, con apoyo en estas palabras de ELSTER: "a lectura callada de un libro constituiría, según una teoría tal, una forma de la obra distinta de la propia recitación... la ejecución de una obra musical al piano constituiría una forma diversa de su ejecución orquestal", con lo que 'se llegaría

de este modo a la destrucción del concepto de obra intelectual" (Cfr. estas ideas en FRANCESCHELLI, "Le idee come oggetto di rapporti giuridici...", pág. 41) (Vid. allí cit. GRECO, "Il diritto esclusivo di elaborazione e la possibilità della trasformazione tra opere letterarie e opere figurative", en "Diritto d'Autore", 1.954, pág. 472, ss; a p. 476, m. 11, y ELSTER, "Delimitazione del concetto dell'opera tutelabile...", p. 315, así como la alusión a esta distinción en RUNGE).

- (163) Según PIOLA-CASELLI, la "forma interna" la constituye el modo de agrupar, asociar o contrastar las ideas o conceptos sustanciales de manera original, individual, expresivo de lo más hondo de la vida intelectual del autor, que presta su fisonomía a la obra, hasta el punto de identificarla como suya. Al manifestarse esa íntima combinación en una "forma externa", surge y se concreta una obra intelectual determinada (Vid. cit. FRANCESCHELLI, en "Le idee come oggetto...", pág. 38). ASCARELLI añade que, independientemente de esta materialización, la "forma interna" no sería perceptible, pero puede contraponerse, tanto a la "forma externa" como al "argumento", es decir, a lo expresado desde un punto de vista material o de contenido; y conserva su identidad a través de una diversidad de "formas externas" (op. cit. 457).
- (164) La exposición de la teoría de las formas puede verse fundamentalmente en HUBMANN, "Urheber -und Verlagsrecht", pág. 32; TROLLER, "Immaterialgüterrecht", I, pág. 378 sigtes.; KOHLER, "Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht", pág. 142 sigtes.; ELSTER, "Urheber und Erfinder, Warenzeichen und Wettbewerbsrecht", Berlín, 1.928 p. 8 sigtes; ULMER, "Urheber und Verlagsrecht", p. 73; FRANCESCHELLI, "Le idee come oggetto di rapporto giuridico", en RIV. DIRITTO IND. Milán, 1.961, n° 1-2-, pág. 28; PIOLA-CASELLI, "Trattato del diritto di autore", Turín, 1.927, p. 72; ASCARELLI, "Teoría della concorrenza e dei beni immateriali", pág. 457. Vid. también el ya cit. trabajo de ARE, "L'oggetto di diritto d'autore".
- (165) En efecto, la doctrina, con la teoría de las "formas" trata de resolver la cuestión de identificar esa "idea" en que se dice que consiste la creación. En este aspecto, el problema es general a todas las creaciones y no afecta sólo a las comprendidas en el derecho de autor. En otras palabras, también será preciso distinguir entre una "forma externa" y una "forma interna", no sólo en la literatura o el arte, sino en un invento. Ya se comprende que la "forma externa" de una invención no es el conjunto de palabras a través de las cuales el inventor enuncia la regla técnica, para conocimiento social y delimitación de lo protegido. Esa es una pura comunicación del invento, pero no su "forma externa", que está constituida por la disposición dada a la materia por el inventor para obtener así la solución técnica que ha encontrado. Sin embargo, hay no pocas confusiones en la doctrina y no falta quien identifica "forma externa" y enunciado formal en la invención. La razón está en el erróneo concepto que suele tenerse de "forma externa", según el cual ésta no sería nada esencial

en relación con la obra, sino una mera "forma de comunicación" de un ente previo y completo. Esta concepción no podemos nosotros compartirla.

- (166) Cfr. ASCARELLI, "Teoría della concorrenza...", n° 6, p. 202.
- (167) Cfr. TROLLER, "Immaterial...", I, p. 53.
- (168) Vid. CARNELUTTI, "Teoría general...", cit., p. 20.
- (169) Vid. Ludovico BARASSI, "Istituzioni di Diritto civile", Milán, 1955. "Los bienes, c) Constituye un requisito esencial de todo "bien" jurídico que exista en cantidad inferior al conjunto de las necesidades, es decir, los bienes deben ser riqueza posible objeto de gestión económica. Cuando los bienes existen en cantidad inferior al presupuesto general de necesidades nace la posibilidad de un conflicto entre los hombres para su acaparamiento y, como nace una gestión económica, interviene el derecho. Entonces hablamos de "bien" en sentido jurídico.
- (170) Vid. GRECO, "Diritto industriale...", p. 16.
- (171) Cfr. TROLLER, "Immaterial...", I, p. 53.
- (172) Cfr. ASCARELLI, op. cit., p. 221.
- (173) Cfr. ASCARELLI, op. cit., p. 222.
- (174) Cfr. ASCARELLI, op. cit., p. 223.
- (175) Así, ROGUIN, "Las reglas jurídicas", cit., n° 177.
- (176) CASANOVA, "Le imprese commerciali", cit., p. 650.
- (177) Vid. PUGLIATTI, "La proprietà nel nuovo diritto...", p. 251.
- (178) Vid. CASANOVA, op. cit., pág. 659.
- (179) Vid. ROGUIN, op. cit., págs. 361, 378 y sigtes. y n. 175 págs. 374.
- (180) Vid. ROUBIER, "Le Droit...", I, p. 102 sigtes.
- (181) En cuanto a la resonancia de la refutación de FRANCESCHELLI, cfr. la réplica de TROLLER, en su "Immaterialgüterrecht", cit., I, nota extensa de p. 49.

- (182) FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 586.
- (183) Vid. FRANCESCHELLI, "Le idee come oggetto...", cit., p. 45.
- (184) FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 596 sigtes.
- (185) FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 612-613.
- (186) FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 618.
- (187) V. FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 577 sigtes.
- (188) V. FRANCESCHELLI, op. loc. cit.
- (189) V. FRANCESCHELLI, op. cit., p. 580.
- (190) V. FRANCESCHELLI, op. cit. p. 581.
- (191) V. FRANCESCHELLI, op. cit., p. 588.
- (192) V. ASCARELLI, op. cit. p. 221.
- (193) V. ad. ex. ROGUIN, op. cit., n° 175. En el mismo sentido, ROUBIER, "Le Droit"... I, pág. 98, etc.
- (194) Cfr. Edmund PICARD, "Le droit pur", Bruselas-París, 1.899, p. 121; "Embryologie juridique". Nouvelle classification des droits: droits intellectuels", en "Journal de Droit international privé", 1.883 (cit. por ROGUIN, op. cit., n. 175). ROUBIER indica que PICARD había sido el primero que, en 1.877, había tenido "la audacia de proponer la creación de un nuevo grupo de derechos patrimoniales" (Vid. ROUBIER, "Le Droit...", I, p. 99).
- (195) Cfr. este extracto del pensamiento de PICARD en BREUR, "Tratado de Patentes de invención", cit., I, p. 57, n. 26. Según ROGUIN esta clasificación de derechos ha sido tomada por PICARD de MAINZ. Ambas concepciones las trata con un cierto menosprecio (Vid. "Las reglas jurídicas", n. 175).
- (196) Vid. la referencia de RODRIGUEZ ARIAS, en la ya cit. op. "Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales".
- (197) Vid. ROUBIER, op. cit., I, p. 99.
- (198) La concepción la recoge la vigente ley francesa de derecho de autor de 11 de marzo de 1.957, vid. supra. pág. ...

- (199) Vid. "Le droit subjectif", ya cit., p. 189 sigtes.: "Les droits intellectuels comme catégorie juridique", en "Rev. CRIT. LEG. JURISPR.", 1.939, p. 413 sigtes. (Cit. por ROUBIER, p. 99, I, op. cit.)
- (200) Vid. DABIN, "Le droit subjectif", p. 190.
- (201) DABIN, op. cit., p. 191.
- (202) Cfr. ROUBIER, "Le Droit...", I, p. 100.
- (203) Para SORDELLI se trata de una alternativa fundamental: El fenómeno puede ser explicado a través de dos interpretaciones doctrinales diferentes: la teoría de los bienes inmateriales y la tesis del monopolio. En el primer caso se acentúa la plenitud de goce de un bien que constituye el contenido del derecho; en el segundo, en cambio, lo que se destaca es la posición de abstención de los demás consocios (cfr. en "La concurrencia sleale", cit., p. 29 sigtes.).
- (204) Estas ideas pueden cfr. especialmente en las obras ya citadas de ROGUIN, FRANCESCHELLI y CASANOVA.
- (205) Vid. FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 564.
- (206) La concepción de ROGUIN incluye matices que la apartan de las otras semejantes. Los derechos que examinamos, para ROGUIN, han de considerarse "... no como una propiedad, sino como un apéndice de la propiedad común sobre las cosas materiales; apéndice de distinta naturaleza que ella, así como el derecho real de hipoteca es un accesorio de ciertos derechos de obligación. Pero en el derecho de autor el derecho de obligación es el corolario del derecho absoluto": un autor es propietario de la edición de su libro en virtud del derecho común, y tiene además la facultad de impedir la reproducción o traducción sin su consentimiento, a consecuencia del derecho especial sobre las obras literarias. Ocurre con el escritor lo mismo que con el señor del antiguo régimen, el cual poseía un palomar a consecuencia del derecho de propiedad, pero que además poseía el derecho de impedir a los demás que poseyesen otro, por virtud del derecho feudal de "banalité"; los libros pueden compararse a las aves, porque sólo el autor puede multiplicarlos y lanzarlos a la circulación". (Vid. op. cit., n. 180).
- (207) Vid. CASANOVA, op. cit., p. 657.
- (208) Vid. FRANCESCHELLI, "Nature juridique...", ya cit., p. 457.
- (209) Vid. GUGLIELMETTI, op. cit., p. 220.

- (210) Cfr. ad. ex. DABIN, "Le droit subjectif", p. 190; ASCARELLI, op. cit., p. 198 sigtes.
- (211) Cfr. TROLLER, op. cit., I, p. 42 sigtes.
- (212) Cfr. AULETTA, "Elementi di Diritto commerciale", Milán, 1.955, pág. 24 sigte.; GRECO, "Corso di Diritto Industriale...", p. 10 sigtes.
- (213) Vid. José PELLA y FORGAS, "Patentes de invención y derechos del inventor", ya cit., p. 8 sigtes.
- (214) Vid. VALERIO y ALGARDI, "Il diritto d'autore", cit., p. 3 sigtes.
- (215) Así, CHIAPPPELLI, sostiene una diferencia fundamental entre "monopolio" y "privativa" o derecho exclusivo de autor y de inventor. Estos últimos se caracterizan por la inmediatitud de la relación en la que se encuentra el sujeto del derecho con el "opus". En el monopolio en cambio, no existe un objeto de derecho en sentido estricto. (Vid. "Aspetti giuridici del monopolio del tabacco", en RIV. DIR. AGR., 1.963, cit. por LANDI, en su trabajo "La concessione amministrativa con clausola di esclusiva", Milán, 1.941, pág. 34. Puede verse la ref. que da LANDI en la nota (8).
- (216) Vid. CASANOVA, op. cit., p. 656. El objeto del derecho de monopolio y de los análogos a este -entre los que CASANOVA incluye los del creador- "... está representado por bienes actuales o esperados" (materiales, no inmateriales : a) partidas de mercancías monopolizadas; b) copias de obras del ingenio protegidas por el derecho de autor, c) máquinas patentadas, etc.) que el monopolista puede producir o comerciar, con exclusión de todo otro sujeto".
- (217) "Recordemos... que en estos derechos el sujeto activo es el beneficiario; el pasivo, la totalidad o únicamente una parte de los ciudadanos del Estado, y el objeto, el deber de no imitación que les impone la ley" (op. cit., n. 183). Para ROGUIN, el objeto, tanto en el derecho de propiedad como en el monopolio, es "una prohibición". La diferencia estriba en que en la propiedad, esa prohibición se refiere a una cosa determinada, y en el monopolio la prohibición consiste en poseer cosas "in genere", y por consiguiente, en desplegar una actividad que, a no mediar una disposición legal prohibitiva, correspondería a todos (op. cit., n. 165).
- (218) V. FRANCESCHELLI, op. cit., II, p. 543.
- (219) Vid. Albert PILENKO, "Le droit des patentes et le droit d'auteur dans le domaine de la technique", cit. en el trabajo de RODRIGUEZ ARIAS, "Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales", ya cit.

- (220) Vid. infra, pág.
- (221) Vid. ROGUIN, "Las reglas jurídicas" ya cit., n. 167.
- (222) V. ROGUIN, op. cit., n. 178.
- (223) V. ROGUIN, op. cit., nº 168.
- (224) La obra fundamental de Paul ROUBIER, aparte sus otros estudios y escritos, es "Le Droit de la propriété industrielle" (París, 1.952, 2 vols.), que constituye un tratado de la propiedad industrial, con la aspiración de construir una verdadera parte general de la materia, que abarca los principios en que se asientan todas estas modalidades, y una parte especial dedicada a la teoría particular de cada una de las instituciones. La obra de ROUBIER es hoy una de las fuentes bibliográficas más completas, de consulta imprescindible para quien estudie los derechos de invención, sobre modelos y dibujos industriales y sobre signos distintivos de carácter mercantil. Su amplia información doctrinal, la autoridad y madurez de sus juicios, la originalidad del sistema expositivo, su propia amplitud y la copia de datos que en ella se ofrecen, no sólo del régimen francés, sino de las principales legislaciones hacen de esta obra uno de los empeños más acabados en el tratamiento científico de la materia.
- (225) V. ROUBIER, op. cit., I, pág. 106.
- (226) V. ROUBIER, op. cit., I, págs. 106-107.
- (227) V. AMAR, "Dei nomi, dei marchi e degli altri segni e della concorrenza", Turín, 1.893, pág. 27. Para AMAR, por lo que no pueden calificarse estos derechos como modalidades del dominio es precisamente porque el derecho que surge, no sobre cosas, sino sobre los resultados de una propiedad humana, no es nunca un derecho de propiedad. La clientela es un valor protegido por la ley. Pero, "¿cómo puede llamarse propiedad lo que depende del beneplácito ajeno?".
- (228) Para DABIN, estos derechos nunca recaen sobre la clientela. Tratándose de signos distintivos, eso se comprueba al observar que la clientela misma "... conserva su plena libertad de movimiento, como son libres también los concurrentes, obligados tan sólo a respetar el monopolio del signo". Lo mismo sucede con el derecho sobre creaciones, "... en que la explotación con vistas a una clientela eventual, libre siempre de no interesarse en la creación, es reservada al autor, sin que esta clientela figure entre los elementos constitutivos del derecho. En ambos casos siempre es la "res incorporalis" la que constituye el objeto de la explotación reservada, y, por consiguiente, el objeto del derecho." (Vid. "Le droit subjectif" p. 192-193).

- (229) Nos referimos a las indicaciones, por ejemplo, de FRANCESCHELLI, relativas a que las instituciones que estudiamos cumplen al mismo tiempo una función concurrencial y monopolística, como ha indicado en su "Trattato di Diritto Industriale", II, n. 732.
- (230) En general todos los autores, cualquiera que sea la posición que adopten respecto a la naturaleza jurídica de estas figuras, convienen en aceptar que el derecho atribuye al sujeto un monopolio de explotación.
- (231) Puede verse la referencia al pensamiento de los citados autores en GIERKE, "Deutsches Privatrecht", I, p. 757, nota (37).
- (232) Vid. "Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce", Bruselas, 1.880, cit. por AMAR, en su op. cit.
- (233) V. Agustín-Charles RENOARD, "Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts", París, 1.838, 2 vols., I, p. 6.
- (234) V. la ref. dada por RODRIGUEZ ARIAS, en op. cit.,
- (235) Traemos aquí la siguiente cita expresiva, tomada del "Trattato di Diritto Industriale" de FRANCESCHELLI, II, p. 552: "... esta "propiedad (literaria y artística) yo la he encontrado en el campo de la ciencia como una planta parásita...: era, como tantos otros, un monopolio, un privilegio creado por la ley y apuntalado por los tratados -el más "triste de los monopolios"- como poco más o menos dijo BASTIAT." FERRARA, -de cuya obra transcribe a continuación FRANCESCHELLI otros párrafos- no deja de admitir que estos derechos puedan derivar de un postulado de justicia. En todo caso, ha sido FERRARA quien ha proporcionado fundamentalmente a la doctrina italiana el argumento -de tipo económico- que la hace rechazar toda otra construcción que no sea la de unos "derechos de monopolio" que tratan de establecerse como categoría jurídica explicativa del derecho de los creadores; argumento consistente en que "... en ninguna de las producciones humanas la propiedad de la cosa producida se extiende más allá del momento en que se transmite y pasó a las manos del consumidor" (Vid. p. 552 del vol. II ya cit. del Tratado de FRANCESCHELLI).
- (236) El pensamiento de FRANCESCHELLI se encuentra desarrollado de modo fundamental en el "Trattato di Diritto Industriale", cita. ya y en otra serie, muy numerosa, de trabajos interesantes. Recordaremos entre ellos los siguientes: "Studi riuniti di Diritto Industriale", Milán, 1.959, que contienen un conjunto muy variado de estudios sobre signos distintivos, concurrencia, derecho de autor y derecho de patentes; "Le idee come oggetto di rapporti giuridici", en "RIV. DIR. IND.", Milán, 1.961, n.º 1-2-, p. 28; "Contenuto e limiti del diritto industriale", en "RIV. DIR. IND.", Milán, 1.952, n.º 1-2, p. 7;

"Studi sulla concorrenza sleale", I. "La concorrenza sleale como istituto giuridico", en la rev. ya cita., 1.961, p. 313 y II, "La storia del problema e delle sue soluzioni", en la misma rev., 1.962, p. 11; "Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur", en "Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER", París, 1.961, II, p. 453; y otros más.

- (237) V. FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 526 sigtes.
- (238) V. FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 528. Que el monopolio abarca siempre actividades referidas a productos caracterizados de modo genérico y no específico, como individualidades determinadas, formaba parte de la esencia de la concepción tradicional, en la que se ha sostenido siempre que no cabe hablar de monopolio sobre una cosa determinada individualmente. Esto es exactamente lo que sucede con la obra intelectual, cuyas distintas encarnaciones materiales, no pueden ser interpretadas como mera ejemplarización de un "genus", por la sencilla razón de que, a su vez, lo ejemplarizado no es un ente abstracto y genérico, sino una cosa específica. La posición de FRANCESCHELLI se caracteriza por la pretensión de superar esta dificultad indicando que el bien es considerado aquí "como prototipo o ejemplar de un 'genus' limitado" (Vid. infra. p.). La réplica no invalida la objeción de que lo ejemplarizado es siempre un ente individual -la creación- y no una cosa genérica.
- (239) V. FRANCESCHELLI, op. cit., II, p. 514.
- (240) V. estas ideas en op. cit., p. 530-531.
- (241) Id. id., p. 531.
- (242) V. la cita de FRANCESCHELLI, en op. cit., II, p. 552-553.
- (243) V. op. cit., II, p. 546.
- (244) V. op. cit., II, p. 547.
- (245) V. op. loc. cit.
- (246) V. op. cit., II, p. 561.
- (247) Aquí, FRANCESCHELLI incorpora al concepto de "monopolio" que viene construyendo una nota que SORDELLI había considerado característica del derecho de los creadores, y diferencial en relación con cualquier tipo de monopolio propiamente dicho, que es la de hacer compatible la reserva del bien a favor del titular, con su circulación sin limitación alguna (Vid. supra. p.)

(248) V. op. cit., II, p. 563. Vid. sobre este punto supra, nota (238).

(249) FRANCESCHELLI indica que de este modo -es decir, al admitir que el monopolio puede referirse, no sólo a cosas genéricas, sino también a cosas específicas- queda refutada la objeción de GRECO y de quienes estiman que no existe monopolio sino cuando el titular puede impedir a otros el disfrute de bienes "semejantes" a aquel cuya explotación se reserva en exclusiva al monopolista, y no el mismo bien que éste explota, pues en ese otro caso se está en la hipótesis de una propiedad. En efecto, GRECO, apoyándose precisamente en el pensamiento de FERRARA, señala que no puede hablarse aquí de derecho de monopolio sino en un sentido tan vago que incluiría al propio derecho de propiedad; pues lo característico del derecho real es que garantiza un poder en relación con una cosa específicamente individualizada, mientras que el monopolio faculta al titular para impedir que otros disfruten o posean bienes semejantes a los del monopolista (Vid. GRECO, "Comsc...", I, "I diritti sui beni immateriali" cit., p. 21). No es esta opinión exclusiva de FERRARA, sino que forma parte de la concepción tradicional del monopolio. Así, hemos leído en ROGUIN (op. cit., n. 165): "Los monopolios, frente a los derechos reales, no garantizan "... un poder sobre una cosa determinada individualmente: conceden el derecho de disponer exclusivamente de "una categoría entera de cosas". El problema aquí es que la obra no es un simple "genus" como quiere sostenerse; es una cosa determinada de modo específico. Por lo tanto, para afirmar que el derecho que de algún modo respecta a ella es un monopolio puro y simple, es necesario aceptar antes que puede afirmarse la existencia de monopolios sobre "cosa específica" e individual. De ahí la rectificación que propone FRANCESCHELLI en el concepto tradicional, en la forma que se ha señalado en el texto y consta en la op. cit., II, p. 563.

(250) V. FRANCESCHELLI, op. cit., II, p. 563-564.

(251) V. FRANCESCHELLI, "Nature juridique...", cit., p. 461-462.

(252) Vid. CASANOVA, "Le imprése commerciali", Turín, 1.955, p. 652.

(253) V. CASANOVA, op. cit., p. 653-654.

(254) V. CASANOVA, op. cit., n. 440, p. 656.

(255) V. CASANOVA, n.º 441, p. 658, B). La teoría que expone CASANOVA es extraordinariamente sugestiva, como puede apreciarse. No obstante, a nuestro juicio menosprecia indebidamente la objeción a la que hace frente. La objeción es de evidente entidad. No es exacto, en efecto, que lo facultado al creador sea la reproducción del ejemplar material; lo es, en cuanto "ejemplar", es decir, como realidad natural dotada de ese conjunto de significados que constituye la obra. De ahí el carácter evidentemente alusivo y representativo que

posee el "corpus mechanicum", para cuya explicación se han habilitado, entre otros expedientes, las teorías de las "formas".

- (256) V. PUGLIATTI, "La proprietà nel nuovo diritto", cit., p. 248.
- (257) Vid. Guido LANDI, "La concessione amministrativa con clausola di esclusiva", Milán, 1.941.
- (258) V. LANDI, op. cit., p. 31.
- (259) "La operación económica esencial en el monopolio es el cambio: esto está indicado también en el significado económico del término, que alude a la venta, o sea a la forma típica mediante la cual circula riqueza". (op. cit., p. 36)
- (260) V. LANDI, op. cit., p. 40.
- (261) V. op. cit., p. 47.
- (262) V. op. cit., nota (1), p. 47.
- (263) Como puede verse, también LANDI profesa la convicción de que a la idea de monopolio es consustancial el que no pueda nunca versar sobre cosa singular o específica. Así lo afirma terminantemente en p. 50. Sin embargo, llega a la conclusión transcrita en el texto, en la nota (4) de la p. 50.
- (264) He aquí otra característica que hemos visto rechazara a FRANCESCHELLI, aplicando la cual la idea de monopolio pugna también con el fenómeno del derecho de los creadores, en que prácticamente nunca se da la condición exigida por LANDI al bien "monopolizado".
- (265) Como puede apreciarse ése del carácter específico o singular de la obra protegida constituye uno de los escollos de la doctrina del monopolio, que sólo puede superarse mediante una ampliación del concepto. Ahora la objeción, -que habíamos visto considerar a FRANCESCHELLI y también, en cierto modo a LANDI- ocupa a GUGLIELMETTI, en la op. cit., p. 225.
- (266) V. op. cit., p. 226. GUGLIELMETTI afronta el problema de un modo directo, sosteniendo una posición más lógica que la de LANDI, que como ya hemos indicado, afirma que la imposibilidad del monopolio sobre cosa singular, a pesar de lo cual estima que constituyen meros monopolios el derecho de los creadores. GUGLIELMETTI se lo reprocha así, en la nota (201) de la p. 226 ya cit. Para él no hay otro modo de extender esta calificación a las instituciones que estudiamos que aceptando lisa y llanamente que es concebible el monopolio

de cosa específica, porque tratándose de creaciones intelectuales estamos frente a una "única entidad", que no pierde su carácter unitario aunque se reproduzca en ejemplares. Esto es, a nuestro parecer, lo que le lleva a GUGLIELMETTI tan cerca de la doctrina del derecho sobre bienes inmateriales, cuyos postulados esenciales nos parece que acepta, aunque no su posición en el problema de la naturaleza jurídica, que para GUGLIELMETTI se resuelve mediante la aplicación a estas instituciones de la categoría de los "derechos de monopolio".

- (267) V. GUGLIELMETTI, op. cit., nº 41, p. 236 sigtes. No puede menos de sorprender, no obstante, que se acuda a la categoría de los "derechos de monopolio", con el deseo de utilizar el cuadro conceptual ya existente sin necesidad de construir otras nociones nuevas, al mismo tiempo que se reconoce que esa categoría no está construida aún, ni tiene un perfil admitido por todos, y se dediquen trabajos tan interesantes como los que estamos reseñando a hacer de conceptos vulgares y de puras nociones económicas, categorías jurídicas; todo lo cual demuestra que no existían como tales con anterioridad.
- (268) V. GUGLIELMETTI, op. cit., nº 12 p. 99. GUGLIELMETTI refuta la concepción materializante de CASANOVA, a la que hemos aludido ya, para el cual el bien protegido es el ejemplar material. (Vid. nota (58), p. 100 op. cit. de GUGLIELMETTI).
- (269) V. op. cit., p. 101 y sigtes.
- (270) Cfr. sus ideas sobre el objeto jurídico en p. 82 y sigtes., op cit.
- (271) V. FRANCESCHELLI, "Trattato...", II, p. 536.
- (272) V. DABIN, "Le droit subjectif", p. 80.
- (273) Vid. CARNELUTTI, "Teoría general del derecho", cit., su concepción del "derecho subjetivo" como "situación jurídica material".
- (274) La idea de "pertenencia" es consistencial al derecho subjetivo según DABIN, vid. op. cit., p. 80 sigtes.
- (275) He aquí en confirmación, este juicio de GIERKE, sobre la tesis del monopolio, en relación con la de la "limitación legal" de GERBER: "Verbreiteter ist noch heute die verwandte Ansicht, dass das Urheberrecht ein Monopol sei" ("Deutsches Privatrecht", I, p. 757).
- (276) Vid. supra nota

- (277) Vid. GIERKE, op. cit., I, p. 858.
- (278) Señala ASCARELLI que, si se recurre a la noción de monopolio como explicativa del fenómeno del derecho de los creadores, se olvida que es una característica propia del bien tutelado que su goce y disposición se resuelve en una exclusiva de materializar la creación espiritual y se ignora también que la atribución del derecho a título originario viene regulada en función de la constitución del bien y está sustraída a la discrecionalidad de la Administración (Vid. "Teoría della concorrenza...", p. 217). Apunta aquí ASCARELLI dos argumentos de gran fuerza contra la tesis del monopolio: de un lado, que la pregonada exclusiva no es un rasgo añadido, sino la única fórmula posible para que el titular disfrute el bien protegido, cuya naturaleza especial obliga al derecho a configurarse siempre como un poder de disposición y de explotación exclusiva. De otro lado, que el pretendido monopolio emana de una regla legal y se sustrae a toda discrecionalidad administrativa. FRANCESCHELLI -lo mismo que ROGUIN con anterioridad- sostiene que este es un dato irrelevante. No parece en absoluto que pueda aceptarse así.
- (279) En efecto, la concepción que se propone vale lo mismo y se pretende aplicar igual para los monopolios del Estado que para el derecho de autor. Ahora bien, si aquellos no pueden encuadrarse en ninguna categoría de derecho subjetivo, y éste en cambio es un derecho subjetivo propiamente dicho, no se ve cómo es posible que los rasgos jurídicos sean idénticos en uno y en otro caso. Pero es que por lo que la imagen sirve para los dos casos es porque está formada únicamente con nociones y elementos económicos, que son los únicos coincidentes.
- (280) Vid. LANDI, "La concessione amministrativa...", p. 105 sigtes.
- (281) La pretensión de LANDI es la de estudiar el concepto de monopolio, en cuanto "instituto jurídico". La expresión posee demasiada amplitud para que reconozcamos en ella el designio expreso de construir únicamente una categoría de "derecho subjetivo". Ahora bien, si no es esto, no sabemos muy bien tampoco qué es lo que se indica con ella.
- (282) Vid. LANDI, op. cit., p. 105 sigtes. Id. p. 123: "... el exclusivista no tiene poder respecto a tercero, tiene un simple derecho personal contra la Administración".
- (283) Vid. LANDI, op. cit., p. 50 nota (4).
- (284) Puede observarse que en la concepción de LANDI ya no es sustancial al "derecho de monopolio", -como lo es en cambio en FRANCESCHELLI- estar constituido únicamente por facultades negativas, por simples derechos de exclusión.
- (285) Tal nos parecen expresiones como éstas, que se leen en la op. cit. de LANDI: la preeminencia económica que disfruta el

monopolista se deriva de que se le atribuye "la exclusiva disposición de un "genus" (p. 129); "el exclusivista reserva una serie de actividades económicas por el disfrute de un "genus" (p. 132). No puede hablarse más que en metáfora de "soberanía sobre toda una clase de bienes". Lo que con ello quiere decirse tan sólo es que el titular tiene derecho a realizar en exclusiva una actividad económica, cuya determinación se hará en relación con el "concepto" de un tipo de bienes, no con realidad alguna: todo lo que sea fabricar o vender una clase de mercancía. Aquí, la determinación de la "clase" -del "genus"- es un dato que forma parte de la delimitación de la actividad reservada.

- (286) El propio FRANCESCHELLI rechaza que existan situaciones generales de monopolio.
- (287) Vid. Antonio de ALMEIDA SANTOS, "Ensaio sobre o direito de autor", Coimbra, 1.955, p. 63.
- (288) Vid. la op. cit., de RODRIGUEZ ARIAS.
- (289) V. Henri DESBOIS, prefacio a la obra de Gérard GAVIN, "Le droit moral de l'auteur..." ya cit.
- (290) ULMER considera que la obra representa para el autor dos clases de intereses distintos: los de carácter personal y los de índole patrimonial. Ambos podrían ser lo que en un árbol de único tronco son las raíces. De ese tronco único derivan luego ramas y tallos distintos, que son las facultades jurídicas que, como las ramas del tronco, extraen su fuerza, unas veces de ambas raíces, -del fundamento personal y del patrimonial-, otras preponderantemente de una de ellas. (Vid. "Urheber- und Verlagsrecht", p. 101).
- (291) Indica ULMER que para KANT el derecho de autor es en realidad un derecho de la personalidad. El distingue en el libro entre el producto material que es y su carácter de verdadera conversación del autor con el público. Según él el libro sería, de un lado, un producto material y de otro, una conversación del autor con el público "... das Buch einerseits ein körperliches Produkt und als solches Gegenstand des Eigentums, anderseits eine Rede des Verfassers an das Publikum und als solche Gegenstand eines persönlichen Rechts sei". Añade que el mismo punto de vista personalista se encuentra en NEUSTETTEL, GAREI, BLUNTSCHLI, etc. (Vid. "Urheber...", p. 94). El propio GIERKE, invoca a su favor el precedente kantiano (Vid. "Deutsches Privatrecht", I, p. 764, nota (64)).
- (292) La bibliografía alemana considera la teoría del derecho de la personalidad como la otra alternativa de la doctrina del derecho sobre bienes inmateriales (Vid. ad ex., FIKENTESCHER, op. cit., p. 148, n° 11, ROEBER, "Urheberrecht oder geistiges Eigentum", p. 13, n° 3, etc.

- (293) "... Dieses Objekt ist ein Geisteswerk, das kraft seiner Individualisierung einen besondern Bestand, kraft seiner ausserlichen unloslichen Gut einem selbständigen Recht hat" (V. "Deutsches Privatrecht", I, p. 765).
- (294) "Ihm und nur ihm gebührt daher auch der etwaige Nutzungsertrag. Jedes nutzbare Recht eines Anderen an seinem Geisteswerke kann nur aus seinem Urheberrechts entspringen" (V. op. cit., I, p. 766).
- (295) Cfr. estas ideas en op. cit., p. 766 sigtes.
- (296) Los considera GIERKE subgrupos del derecho de autor. Vid. op. cit., pág. 768.
- (297) GIERKE, op. cit., p. 854.
- (298) Cfr. op. cit., p. 717.
- (299) Puede verse un resumen de posiciones en SANTINI, "I diritti della personalità nel diritto industriale", Padua, 1.959, p. 5 sigtes. (el objeto del derecho de la personalidad es, para unos, el propio hombre, como expresión de la personalidad, y en cambio, para otros está constituido por los modos de ser o las cualidades de la persona). Existe la construcción de un único derecho general de la personalidad ("allgemeines Persönlichkeitsrecht") en cuya formulación se empeña GIERKE), o, por el contrario, la admisión de que no puede hablarse de un derecho único, sino de múltiples derechos de la personalidad (la vida, el honor, el nombre, etc.). El problema puede verse también en FERRANTE, "Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni", Milán, 1.947, p. 59 y sigtes., en que se hace un interesante estudio de las posiciones contrapuestas y del pensamiento de SAVIGNY, UNOER y THON. Vid. también de CUPIS, "I diritti della personalità", Milán, 1.950, y su idea de los derechos de la personalidad como "derechos esenciales" (p. 18 sigtes.).
- (300) GIERKE distingue entre los "derechos de la personalidad" (die "Persönlichkeitsrechte") y el derecho general de la personalidad (das allgemeine Recht der Persönlichkeit) (Vid. op. cit., I, p. 703). GIERKE cita como partidarios de esta interpretación personalista de los derechos de que tratamos, a BLUNTSCHLI, HARUM, LANGE, A.W. VOLKMAN, HILLEBRAND, etc.
- (301) Vid. BERTAULD, "Questions partiques et doctrinales du Code Napoléon", I, 1.867, n° 214 sigtes., según la cit., de ROUBIER, en "Le Droit...", I, p. 88. Podrían citarse, entre los partidarios de esta posición, a MELLIGER, "Das Verhältniss des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten", Berna, 1.929 y SFETEA, que expone su pensamiento en una tesis doctoral: "De la nature personnelle du droit d'auteur", París, 1.923 (ambos cit. por ROUBIER, op. cit., p. 89); SALBILLES, NAST, BERARD, etc.

- (302) Vid. SANTINI, "I diritti della personalità nel diritto industriale", p. 3.
- (303) Vid. op. cit., de SANTINI.
- (304) ULMER además destaca lo que debe la teoría del "droit moral" a la doctrina de la personalidad del derecho de autor (Vid. op. cit., p. 96).
- (305) V. Aurelio CANDIAN, "Il diritto di autore nel sistema giuridico", Milán, 1.953; Antonio CIAMPI, "Diritto di autore, diritto naturale", Milán, 1.957.
- (306) V. op. cit., p. 24 sigtes.
- (307) V. op. cit., p. 28 sigtes.
- (308) V. Op. cit., pág. 33 sigtes.
- (309) Razona de este modo CIAMPI su posición con relación a la teoría de las "formas". El elemento de "nueva creación" de la obra intelectual radica en su "forma interna", que se encuentra entre la íntima sustancia y el ropaje exterior de la obra y consiste "... en la varia manera de agrupamiento, movimiento, contraste, etc. de las ideas y de los conceptos sustanciales: manera necesariamente original, en cuanto vinculada directamente al estímulo o al proceso de las ideas parte principal de la individualidad humana". La "forma externa" resulta de la exteriorización de ese elemento íntimo en una forma apta para comunicar a los otros el mundo exterior, y lograda "con el auxilio de los medios que la naturaleza y la técnica ponen a disposición del hombre" para llevar a cabo esa comunicación. Sin embargo, señala CIAMPI "... la dificultad, si no la imposibilidad, de establecer una línea separa de demarcación entre contenido, forma interna y forma externa", sobre todo para algunas creaciones intelectuales. Se refiere con amplitud al pensamiento de SCIALOJA, manifestado al presentar al Senado el proyecto de ley sobre derecho de autor de 1.865, según el cual hay que separar materia o contenido, de la forma (sin distinguir en ella entre las dos variedades de "interna" y "externa" a que luego alude la doctrina). Es interesante recordar, -sobre la base de esta cita de CIAMPI- que para SCIALOJA una obra "no puede tomar una forma intelectual cierta y determinada sino cuando esta forma tenga un registro sensible o auditivo cualquiera, que la presente al autor mismo como cosa externa y a los otros como su pensamiento exteriorizado". Estos dos momentos (el del pensamiento formado y el del pensamiento exteriorizado) son poco separables uno del otro (V. CIAMPI, op. cit., p. 44-45-46).
- (310) V. op. cit., p. 52. La observación de CIAMPI no puede ser más exacta, pero sólo desde el punto de vista de los hechos, no de la situación jurídica del autor. En efecto, en la

realidad la titularidad jurídica de la obra se resuelve en una participación en las ganancias que obtiene mediante su explotación otra persona distinta del autor mismo. Pero el titular de la explotación es siempre el autor y, como recordamos que señaló GIERKE, no existe ningún derecho patrimonial de otro sujeto que no derive del que el autor posee.

- (311) V. op. cit., p. 52.
- (312) V. ROUBIER, "Le Droit...", I, pág. 90.
- (313) Cfr. DE CUPIS, "I diritto della personalità", p. 40 sigtes.
- (314) ALMEIDA, "Ensaio sobre o direito de autor", p. 29: "Al vínculo de carácter personal, inalienable y perpetuo, que es como el "punctum saliens" de la teoría de la personalidad, se opone con notable agudeza la objetividad y exterioridad de la obra intelectual", ALMEIDA se refiere al pensamiento de PIOLA, CASELLI, STOLFI, DE CUPIS, VALERIO y ALGARBI y CARVELUTTI.
- (315) Vid. ROUBIER, "Le Droit...", I. p. 91.
- (316) Vid. ASCARELLI, "Teoría della concorrenza...", p. 202.
- (317) Así, el proyecto de ley francés de 13 de agosto de 1.936, que en el derecho de autor veía un "atributo del trabajo", como ha recordado ALMEIDA, en su op. cit., p. 54.
- (318) "En Italia el derecho de autor es considerado genéricamente un derecho del trabajo", aunque no exista en el ordenamiento jurídico una clara configuración de su naturaleza jurídica ni se haga una distinción neta entre tutela del acto de creación y tutela de la creación misma (Vid. CIAMPI, op. cit., p. 65).
- (319) Vid. RINTELEN, "Urheberrecht...", p. 42, VIII.
- (320) Vid. ULMER, "Urheber...", p. 82.
- (321) Vid. la ref. de ALMEIDA, en op. cit., p. 55.
- (322) Vid. ROEBER, "Urheberrecht oder geistiges Eigentum", ya cit.
- (323) Vid. ROEBER, op. cit., p. 25 sigtes.
- (324) "Se puede decir: el derecho de autor es el derecho de señorío ideal y material sobre una obra espiritual creada". (Man kann sagen: Urheberrecht ist das ideelle und materielle Herrschaftrecht über ein schöpferisches Geisteswerk" (V. RINTELEN, op. cit., p. 43).

- (325) V. HUBMANN, "Gewerblicher Rechtsschutz", p. 45-46.
- (326) V. ULMER, "Urheber...", p. 98 sigtes.
- (327) "Das Urheberrecht ist nicht nur die Summe der Befugnisse, die dem Urheber zustehen. Es ist vielmehr das einheitliche Recht, aus dem die Befugnisse fliessen" (V. ULMER, op. cit., p. 99).
- (328) V. ULMER, op. cit., p. 101. La concepción de ULMER y de HUBMANN merece una severa calificación a CANDIAN, como puede verse en estas palabras "Ay de mí!. Duele decirlo a propósito de libros que provienen de un país de tradiciones científicas ilustres por vigor de concepción y austeridad de desarrollo: pero los libros no sólo no hacen dar a la teoría - un paso adelante, sino que parecen complacerse en eclecticismos, y peor aún, en aproximaciones cuando no en contradicciones". Considera inconsistente y vacía la fórmula de "señorío jurídico" que utiliza ULMER. A propósito del símil de las raíces y del árbol, escribe CANDIAN: "Me salvum Domine fac! Parrebbe di sognare. Eppure, spero di essere stato traduttore non infedele" (Vid. CANDIAN, op. cit., p. 59-60 y nota (18)).
- (329) V. Todas estas ideas en ULMER, pág. 98 y sigtes., p. 102 sigtes. y p. 104.
- (330) (V. ULMER, op. cit., p. 104).
- (331) Vid. Jean RAULT, "Le contrat d'édition en droit français" p. 48 (cit. por ALMEIDA en op. cit., p. 65) en el que puede verse también la ref. a PONNECASE, MAILLARD y PICCOLA CASELLI, ACEVEDO, etc.
- (332) Al publicar ALMEIDA su obra no se había dictado aún la ley francesa de derecho de autor de 1.957. ALMEIDA alude a la ley italiana de 22 de abril de 1.941. (Vid. op. cit., p. 61 nota (1)).
- (333) V. ALMEIDA, op. cit., p. 63.
- (334) V. ALMEIDA, op. cit., p. 75.

I I I

**TEORIA DE LOS DERECHOS SOBRE
CREACIONES ESPIRITUALES**

TITULO I

EL ELEMENTO OBJETIVO EN LA "PROPIEDAD INTELECTUAL" Y EN LA "PROPIEDAD INDUSTRIAL"

SECCION 1ª

NOTAS PECULIARES DE LOS OBJETOS DE LOS DERECHOS EXCLUSIVOS

Después de haber anotado cuáles son los distintos tipos de creaciones a los que se refieren respectivamente la "propiedad intelectual" y la "propiedad industrial", y de haber intentado inventariar las principales posiciones adoptadas por la doctrina sobre la naturaleza jurídica, estructura y encuadramiento de los derechos que tratamos, llega el momento de concretar en unas reflexiones finales el criterio propio sobre el problema de su definición y caracterización.

Los datos han quedado expuesto ya. Creemos haber llevado a cabo a lo largo de las páginas precedentes una tarea descriptiva del fenómeno jurídico, que permite captarlo en toda su multiformidad y realidad. Se trata ahora de incorporar esos hechos a una teoría jurídica, satisfactoria desde nuestra propia posición, que posea ese carácter explicativo que inevitablemente corresponde a la ciencia.

En esa aspiración, el primer dato a utilizar es el de la peculiar naturaleza de las creaciones espirituales, contempladas como elementos objetivos ó, cuando menos, como "puntos de referencia", con función delimitadora esencial de los derechos exclusivos de "propiedad intelectual" y de "propiedad industrial".

En efecto, se ha visto ya que en todas las doctrinas exa

minadas la creación espiritual (la obra intelectual ó estética, la invención ó el signo mercantil, en cuanto "señal" que incorpora los valores representados por esa gran creación espiritual que es la empresa) cumple siempre una función primordial con respecto a la definición del correspondiente derecho subjetivo. En las doctrinas que conciben ese derecho subjetivo como un señorío que recae sobre la creación misma, la creación espiritual asume el importante papel de "objeto" del derecho exclusivo. En aquellas otras que lo configuran como una simple "facultas agendi" y lo califican como un monopolio, la creación espiritual se ofrece a la construcción jurídica como un elemento delimitador de extraordinaria importancia, al realizar la función de definir el "genus" con respecto al cual el contenido del derecho queda acotado. Algo análogo diríamos de todas las demás posiciones. Variará pues, la fórmula mediante la cual la creación espiritual, (como realidad que resulta referida de un modo u otro) quede incorporada a la estructura del derecho. Pero en todos los casos, la remisión del derecho subjetivo a estos objetos peculiares es una realidad incuestionable.

El estudio de estas realidades culturales tan complejas y de su función dentro de una construcción jurídica, resulta, pues, necesario.

Ahora bien: lo primero que deberemos preguntarnos es en qué estriba la peculiaridad, tan reiteradamente afirmada, de estos elementos objetivos (para unos, "puntos de referencia" para otros, verdaderos "objetos jurídicos") que son las creaciones espirituales y de determinar la importancia que esa investigación pueda tener para la caracterización de los derechos exclusivos de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial".

A través de la consideración del contenido de estas ins-

tituciones y de la exposición de las distintas posiciones - doctrinales, se han manifestado ya las notas que estos objetos posean, contemplados a la luz de una teoría jurídica. Sin embargo, parece preciso que procedamos a sintetizarlas desde nuestra posición propia. Con esa finalidad, diríamos que las notas peculiares que caracterizan a las creaciones espirituales a este respecto pueden resumirse en tres rasgos muy expresivos, a saber: su naturaleza intelectual, la diversidad de intereses que incorporan y su condición de medios - normativos actuables impersonalmente.

A razonar tales notas dedicamos los Capítulos que siguen.

CAPITULO I

SU NATURALEZA INTELECTUAL

Generalidades

1. Hemos visto ya que la doctrina destaca unánimemente que tanto las creaciones intelectuales y estéticas como las creaciones industriales y los signos mercantiles son contemplados y considerados por el derecho en cuanto concepciones perfectamente separables de la materia ó energía en que encarnen. La naturaleza intelectual ó inmaterial de estos bienes no agota de ningún modo su caracterización; pero abre por sí sola el capítulo de sus diferencias con respecto a las demás categorías de objetos jurídicos y fundamenta las notas especiales que reviste el régimen organizado para su tutela.

Es verdad que los pensamientos, las imágenes, las combinaciones de sonidos, etc. que no se exteriorizan por ningún medio material no suscitan al derecho ningún problema diferente de la protección de la personalidad misma del sujeto. Cier to que la falta de una manifestación material exterior de la

idea, la concepción ó la combinación creadora reducen la creación a un "quid in mente retentum", que no tiene transcendencia jurídica y adolece de una subjetividad radical (1). Pero aunque la exteriorización de la creación en elementos sensibles sea precisa, sabemos ya que la creación misma se mantiene inconfundible con respecto a las realidades físicas que la encarnan, trasciende de cualquier materialización posible y puede ser multiplicada en una serie indefinida de ejemplares, cada uno de los cuales expresa, sin embargo, un "opus unicum".

No será preciso insistir en esta peculiaridad, tan ampliamente razonada por la teoría de los derechos sobre bienes inmateriales. Será, en cambio, conveniente que recapitulemos aquí cuales son las consecuencias que se siguen de dicha naturaleza intelectual de estos objetos jurídicos. A nuestro juicio se concretan en el carácter artificioso de la protección jurídica, la necesidad de distinguir entre el régimen de la propiedad común y el régimen de los derechos exclusivos y el planteamiento del importante problema de la delimitación intelectual del elemento objetivo al que el derecho se refiere.

A continuación se hacen unas breves indicaciones sobre -

(1) La creación intelectual, para constituirse en un bien inmaterial, necesita exteriorizarse a través de cosas materiales ó energía, para que el derecho la proteja, "... pues siendo hasta entonces un "quid in mente retentum" no puede aún estimarse una creación intelectual y ser considerada objetivamente" (Vid. Tulio ASCARELLI, "Teoria della concorrenza e dei beni immateriali", Milan, 1956, págs.238-239). Para GRECO, mediante su materialización adquieren las creaciones esa "impronta característica inconfundible" (vid. "Corso di Diritto Commerciale e Industriale", Turin 1948, I, pág.11). BIONDI estima que las creaciones intelectuales ganan su individualidad propia gracias a su separación del sujeto (vid. nota () supra, pág.). Lo mismo señala ARE al indicar que: "... el pensamiento, por su naturaleza de hecho del individuo, identificable en su expresión sólo a través de una externación material, no da lugar necesariamente a entidades dotadas de los caracteres de seguridad e identificabilidad que debe poseer un bien para que el derecho pueda reservar su disponibilidad y goce exclusivo a un sujeto determinado (vid. ARE, op.cit., pág. 1).

estos tres aspectos.

Carácter artificioso de la protección jurídica

2. La "inmaterialidad de estos elementos objetivos da razón ante todo del carácter artificioso que reviste la protección jurídica y del que ya hemos hablado. Es que las cosas físicas no pueden estar siendo poseídas por varias personas a la vez, mientras que una idea ó una concepción son susceptibles de aplicación simultánea por un número indefinido de sujetos. Por ello, si lo que se desea es reservar esa idea ó esa concepción exclusivamente a la disposición de uno solo, entonces la protección habrá de ir en contra de esa situación "natural"; habrá de ser esencialmente artificiosa. Esto es, en efecto, lo que hace el derecho exclusivo, al sustituir la posibilidad de hecho de un disfrute símultáneo, por una imposibilidad jurídica: por una prohibición.

Como ha recordado BARASSI, la reserva de los bienes inmateriales en favor de uno solo, "es una creación artificial del derecho". El derecho acude a remediar el estado de cosas que consiste en una apropiabilidad general de las concepciones intelectuales, "de manera artificial" a decir de POIGNON; con lo que se contraponen "el reparto natural de cosas materiales y energías" y el "reparto legal de las creaciones intelectuales", según ha subrayado ASCARELLI. (2)

Esta situación plantea a este tipo de derechos proble -

(2) Vid. BARASSI, "Diritti reali e possesso", Milán, 1952, vol. I, pág. 99.- POIGNON, "Comment le Droit peut-il protéger l'oeuvre scientifique?", Paris, 1929, pág. 356.- ASCARELLI, "Teoria ...", p.222.

mas que no se suscitan, en cambio, en otros dominios jurídicos (3).

Propiedad de los ejemplares y derecho sobre la concepción ideal.

3. En segundo lugar, el "carácter intelectual" de estos objetos obliga a establecer esa distinción que señala toda la doctrina cuidadosamente entre dos sistemas jurídicos diversos: el que rige para la apropiación y disposición de los ejempla-

(3) Los problemas que la prescripción adquisitiva (usuca - pión) y también la extintiva plantean a la "propiedad indus - trial" se derivan en gran parte de que en nuestra materia la usurpación de cualquiera de estos objetos puede producirse sin llevar consigo la desposesión del "propietario". Una invención puede estar explotándola indebidamente un usurpador, sin que ello quiera decir que haya cesado en su explotación el verdade - ro titular. La posibilidad del goce simultáneo de la creación por un número indefinido de sujetos origina situaciones espe - ciales en este sector. Así, la acción reivindicatoria de pro - piedad se satisface por una condena a la cesación de actos de reproducción ó explotación por parte de un tercero, que es el equivalente en nuestra materia de la "devolución" de la cosa típica de la reivindicación ordinaria. A ello se debe del mis - mo modo que, como tiene observado CARNELUTTI, (vid. su "Usuca - pión de la propiedad industrial", México, 1945), la prescrip - ción adquisitiva no pueda jugar una función propia en estos de - rechos, en que la adquisición de quien ejerce ilegítimamente los mismos no lleva aparejada necesariamente la falta de ejer - cicio del titular legítimo, que normalmente continúa actuando, a pesar de esa usurpación. El Tribunal Supremo ha terminado - por declarar la inaplicabilidad en propiedad industrial de la usucapion, en una jurisprudencia dedicada a la interpretación del art. 14 del EPI (vid, desde el fallo de la Sala 1ª de 23 de Septiembre de 1963). La aplicación de la propia prescrip - ción extintiva ofrece no pocos obstáculos aquí. Así, el art. 1962 del Código Civil dispone que la prescripción de la acción real sobre bienes muebles tendrá lugar "a los seis años de per - dida la posesión", precepto inaplicable aquí (a pesar de que estos objetos están considerados como bienes muebles y de los - derechos emanan acciones reales), ya que falta el "dies a quo" para el cómputo del plazo, al darse la especilísima circunstan - cia ya dicha de que el propietario no pierde la posesión como consecuencia de la usurpación, sino que titular legítimo y - usurpador se encuentran poseyendo el mismo objeto simultánea - mente.

res y el que se aplica a la materialización de la concepción con arreglo a la cual dichos ejemplares han sido producidos: el régimen de la propiedad común y el régimen de los derechos exclusivos de propiedad intelectual y de propiedad industrial.

Sabemos ya que los titulares de unos y otros tipos de derechos no coinciden normalmente. Ni el autor, por el hecho de su creación, es propietario de los ejemplares materiales en que dicha creación plasma, ni, a la inversa, el propietario del ejemplar está autorizado para reproducirlo ó multiplicarlo en otros ejemplares nuevos. La doctrina que califica estos derechos como "monopolios jurídicos" ya hemos visto que concede una gran importancia a este efecto ~~exorbitante~~ de las exclusivas de los creadores, que se extienden a prohibir que el propietario de esos ejemplares materiales pueda utilizarlos como "modelos" ó "prototipos" reproducibles en otra realidad física diferente.

Es lo cierto que la inmaterialidad de estos objetos tan peculiares obliga a reconocerlos como idénticos a sí mismos en cualquiera de sus diferentes encarnaciones posibles, y a diferenciar esos dos regímenes jurídicos tan diversos que son la propiedad de la cosa material que incorpora la creación y la titularidad del derecho exclusivo a materializar la creación espiritual encarnada.

El problema de la delimitación objetiva.

4. Y finalmente, la inmaterialidad del objeto ó su carácter intelectual plantea en todo este sector de derechos un problema específico, que constituye también una peculiaridad del régimen de protección, a saber; la delimitación en cada caso del elemento objetivo.

En efecto, sea que se estime que la creación espiritual es el "quid externus" sobre el que el derecho recae, ya se considere que actúa como punto de referencia objetivo" para acotar el contenido del derecho, es lo cierto que la primera tarea a afrontar por lo general en los conflictos que se suscitan en todo este campo es la de asegurarse, mediante un cuidadoso análisis, de cuál es ese elemento objetivo al que, de uno u otro modo, el derecho se refiere. En los demás tipos de derechos, la identificación del objeto no suele ser la cuestión principal. En ellos lo que resulta problemático no es la delimitación del objeto, sino la del contenido del derecho, como indica KNOPFLE (4). No sucede lo mismo en los derechos de los creadores, en que lo primero de todo es preciso individualizar la concepción protegida por el derecho de tal modo que pueda ser reconocida frente a cualquier otra con la que se la compare. Esta tarea ofrece dificultades propias. Las cosas físicas pueden ser individualizadas e identificadas inequívocamente por notas ó signos externos, por criterios cuantitativos ó por datos sensibles (la delimitación material la contigüidad en el espacio, la extensión, la cualidad). Todos estos datos sensibles permiten saber, por lo general, sin ninguna sombra de duda, si el fundo apropiado por otro es el nuestro ó es otro fundo diferente, ó si es ó no la nuestra esa joya robada. En cambio, en los derechos de los creadores se suscitan dificultades específicas para esa identificación, porque aquí lo que hay que delimitar e individualizar es una concepción intelectual, que debe ser deslindada y caracterizada suficientemente frente a otras concepciones ajenas, análogas, afines, producto de la imitación de otros ó simplemente

(4) Vid. KNOPFLE, "Die Bestimmung des Schutzzumfangs der Patente", Berlin, 1959, pág. 3.

resultado del concebir y pensar común.

La complicación y dificultad de una tarea de esta clase se acrecienta por el hecho de que en la práctica el imitador cuida muy bien de "desfigurar" la obra, la invención ó el signo que ha copiado, presentándolos con rasgos, adiciones ó notas diferenciales que los hagan parecer, así modificados, como una combinación ideal diversa. Hay una verdadera técnica de la imitación que persigue trasvasar los valores estéticos, intelectuales, industriales ó mercantiles del objeto protegido, a otra encarnación material, en que esos valores continúan siendo evocados a través de una versión formal diferente. Es preciso, sin embargo, reconocer esa obra, esa invención ó ese signo mercantil que han sido imitados, en la combinación ideal deformada del imitador, que no ha incurrido en la copia servil ("sklavische Nachahmung"), pero ha tomado de otra creación ajena el núcleo valioso y creativo. Hasta qué punto ese proceso de "deformación" permite reconocer como idéntico el producto de la imitación y la creación imitada; cuáles son los confines propios de la creación misma, es una de las cuestiones más importantes de éstos derechos y más difíciles; y una de las primeras que es preciso resolver en la práctica.

He aquí, pues, un capítulo nuevo, por lo general desconocido en las demás regiones jurídicas, en que se acumulan las dificultades, derivadas del carácter intelectual de estos objetos

CAPITULO II

LA DIVERSIDAD DE INTERESES REPRESENTADOS

POR SU TUTELA

La segunda nota que expresa la peculiaridad del elemento

objetivo en estos derechos es la complejidad de las relaciones de interés que suscita en el titular. Mientras la propiedad común ha de hacerse cargo únicamente de los intereses patrimoniales satisfechos por el disfrute y la disposición de la cosa poseída, los derechos de los creadores se enfrentan al mismo tiempo con intereses personales, culturales y económicos.

Los intereses personales.

5. En efecto, se trata de objetos en los que el interés del titular protegido no se satisface tan sólo con un provecho patrimonial. Requiere además la proclamación de su condición de autor, la atribución exclusiva de las decisiones fundamentales sobre el destino de la obra, la posibilidad de continuar ó rectificar la tarea creadora (aún después de alumbrada la creación), mediante una eventual modificación de sus determinaciones formales.

Es que en definitiva la creación espiritual, en cuanto objeto jurídico, ofrece al derecho tres acepciones diferentes pero de imposible separación, porque tiene que ser contemplada al mismo tiempo como un "hecho personal", como una "realidad cultural" y como una "pauta" ó "receta". (5)

Considerada como un "hecho personal", la creación es un

(5) BARBERO ha subrayado el carácter del acto creador como "un hecho del espíritu" en que puede ser conocido y conservado su "contenido ideológico" y capaz de ser repetido por imitación "en ulteriores realizaciones materiales de su arquetipo ideal". "Lo inmaterial no es un "ente" in natura; ha sido "in natura" un factum; un factum, como tal, pasado, pero verdadero, del que se puede conservar una memoria fiel, correspondiente a su "verdad de hecho", y en el que se ha incrustado un contenido ideal, arquetípico. (Vid. D. BARBERO, "I beni immateriali come oggetto di diritto", REV. DIR. INDUSTRIALE, Milán, 1962, nº 4, p. 297).

resultado de la proyección de la personalidad de su autor; al go que hizo un hombre y que deberá serle imputado. Aquí el de recho tiene que considerar un tipo de interés muy específico, constituido por la relación de pertenencia inherente a esa - "paternidad". Esa relación es tan fuerte que para ponderarla ha podido surgir la explicación teórica del "derecho de pro- piedad", tomando de la institución un significado mucho más extenso que el de su reflejo exclusivamente patrimonialista; dándole el mismo sentido que tiene en DABIN la afirmación de que todo derecho subjetivo implica la existencia de un valor ó de un bien que el titular puede decir con verdad que es su- yo (6).

La creación espiritual es del autor en un sentido mucho más radical que el que expresaría una relación patrimonial de "dominio". En esta primera acepción, la creación espiritual - promueve en su autor un interés cuya satisfacción exige la de claración de su "paternidad" ante la comunidad toda (a eso - responde el contenido "proclamatorio" del derecho) y la consa gración de un tipo especial de soberanía, consistente en atri buirle las decisiones fundamentales en relación con su desti- no (que es lo que constituye el núcleo "dispositivo" del con- tenido del derecho).

Los valores culturales.

6. Pero la creación espiritual no es únicamente el hecho acaecido en la vida de un hombre. Es además una realidad cul- tural valiosa, una entidad manifestada como combinación de - elementos sensibles, que promueve una "estimación" en función de su propio "sentido" de realizar la belleza, la verdad ó la utilidad. En este otro respecto, la creación, obra de uno solo

(6). Vid. DABIN, "Le droit subjectif" ya cit. pág. 80.

se constituye como un valor, no sólo individual, sino también social.

Aún aquí, sin embargo, se descubre la razón de que no se extinga esa relación de pertenencia al autor: la obra está integrada por esa individualización de lo común que son la propia realidad que nos rodea, los pensamientos, imágenes, las formas de expresión, los conocimientos comunes, y nace, por tanto, como la segregación de una entidad objetiva, gracias a una sutil e íntima acción personal que, al fundir la obra, se expresa a sí misma (7).

La circunstancia especial de que este resultado de la acción personal creadora de un hombre quede plasmada en una entidad real, susceptible de estimación por parte de los otros sujetos extraños, en función de los valores intelectuales, estéticos, industriales y mercantiles que realice, hace que la creación quede referida a su autor aún después de independizarse de él, como un elemento valorativo de su personalidad, que originará un juicio social que le será imputado. De ahí - que ni siquiera en el plano de los valores culturales sea justo sustraer la creación del ámbito dispositivo del creador, - cuyo interés consistirá ahora en la conservación y atribución de esos valores culturales.

Los intereses económicos

7. Finalmente, la creación espiritual no es sólo lo que hizo un hombre en trance creador; es además la "pauta" que pueden tomar otros hombres para obtener esa misma realidad cultural valiosa, sin necesidad ya de crear nada. En esta ter

(7) Cfr. un planteamiento análogo en H. HUBMANN, "Das Recht des schöpferischen Geistes", Berlin, 1954 ("Die Quellen geistigen Schaffens", pag. 17 y sigtes.).

cera acepción, en que la creación se manifiesta como un "bien patrimonial", de cuyo empleo pueden seguirse perspectivas de ganancia mediante el desarrollo de una actividad industrial ó mercantil, el interés del titular se centra en la reserva del "medio de producción" constituido por el conjunto de posibilidades normativas que la creación ofrece sin más que aplicar a su cumplimiento una actividad ejecutiva y neutra (8).

La fundamentación de la idea de pertenencia de la creación a su autor, en este tercer aspecto, se encuentra en una justificación derivada y hasta diríamos que "relativa". Es indudable que en su proyección patrimonial los conflictos a que dá lugar la protección que se le dispensa son más vivos y aún violentos que en los planos anteriores, por lo mismo que las soluciones establecidas por los ordenamientos jurídicos actuales son mucho más contingentes y se presentan evidentemente - condicionadas por determinadas circunstancias económicas, sociales e incluso técnicas. El género de protección hoy ya consagrado como contenido del derecho (la exclusiva para la aplicación, con finalidad de lucro, de la "pauta" normativa que proporciona la creación) permaneció desconocida durante siglos y sólo se afirma como una solución universal con la aparición de las primeras formas capitalistas de la economía, la invención de nuevas técnicas de reproducción mecánica (empezando por la imprenta) y la producción en serie partiendo de "prototipos" (9).

(8) Ya PRETNAR había señalado que el ambiente propio de los derechos exclusivos -que impide la organización de derechos que recaigan sobre descubrimientos científicos y simples teorías- lo constituye "una situación social basada en la producción de mercancías". (Vid. "Position actuelle du problème relatif aux droits des auteurs de découvertes scientifiques", ya cit.)

(9) Ni en la antigüedad clásica ni en la Edad Media existen vestigios de una protección al autor en el aspecto patrimonial sin duda, porque los intereses económicos representados por -

el empleo de la "pauta" que proporciona la obra, no han surgido aún. En Roma, la copia del manuscrito no es sino uno más de los usos a que puede ser destinada la cosa material por su propietario. El único medio reproductor de la obra es la "copia manual", a veces organizada en verdaderos "talleres de copistas" en que por lo general los amanuenses eran esclavos - (Vid. FRANCESCHELLI, "Trattatto...", I. pág., 92, nº 56). BAPPERT indica que el tráfico de libros llegó a conocer en Roma a través de éstas copias manuscritas, "ediciones" de hasta 1.000 ejemplares (vid. "Wege zum Urheberrecht", Frankfurt, 1962, pág. 48). Sin embargo, el verdadero interés económico implicado en la reproducción no surge hasta la invención de la imprenta, que, introducida en Venecia en 1469 por Juan Speyer, dió lugar a un privilegio de introducción a favor de este "inventor" y, a su muerte, después de una breve etapa de libertad de impresión, al sistema de los privilegios de edición (vid. Marcel SILBERSTEIN, "Erfindungsschutz und merkantillische Gewerbeprivilegien", Zurich, 1961, pág. 173 sigtes). Por su parte, la protección al inventor nace coincidiendo con el deslumbrante descubrimiento del valor de la novedad, obra del Renacimiento y como consecuencia de la política mercantilista. Se produce un verdadero trasiego de técnicos, ingenieros, innovadores, "inventores", que pretenden introducir industrias nuevas y a quienes los Príncipes otorgan beneficios y exenciones y sobre todo, el privilegio más anhelado en esta época en que empieza a desatarse una verdadera sed de ganancia: el monopolio industrial, creado artificiosamente por un acto del poder. Una manifestación de ésta política está en el Estatuto inglés de Monopolios, concedido por Jacobo I en 1623 que consagra a favor del "true and first inventor" la posibilidad legal de obtener un monopolio de fabricación y venta referido a la "nueva industria". Ahora bien, con anterioridad a éstos "privilegia pro arte introducenda", parecen haber existido otras modalidades específicas de protección al inventor, que no llevaban consigo la atribución de un derecho exclusivo. Durante la Edad Media hay todo un sector -el de las explotaciones mineras- en que surgen los primeros criterios de protección al inventor de los primitivos "edificios" y molinos y bombas de agua. En él se encuentra la idea esencial -que pasará después al derecho de patentes- de la concesión al primer descubridor y al primer explotador de la mina ("Erster Finder erster Muter"). La primera forma de protección vé en el "inventor", más que al "ideador" ó "creador" del artefacto utilizado, al "constructor ingeniero", cuyo trabajo se retribuye mediante fórmulas análogas al arrendamiento de servicios, en que a veces, sin embargo, se mezcla la concesión demanial y el privilegio. A partir del siglo XV empiezan a concederse en Venecia verdaderos privilegios de invención. Pero a decir de SILBERSTEIN, aún no es general la cláusula de monopolio, conociéndose junto a ella (y aún situada en el siglo XIV), lo que

dicho autor denomina la "cláusula de no imitación", que se concreta en el siglo XVI en los privilegios alemanes en la fórmula de "niemand ... ohne Vorwissen und Bewilligung des Privilegierten seine Erfindung nachmachen und gebrauchen - soll", con lo que no se concedía automáticamente el derecho a ser el único que fabricase y explotase la invención, ya que para conceder el monopolio hacía falta una declaración expresa en tal sentido; sino que sólo se declara que quien quiera utilizar la invención, ha de obtener previamente el consentimiento de su autor, que lógicamente lo prestará mediante el percibo de un cánón. SILBERSTEIN interpreta con este mismo alcance el contenido de la famosa "parte" veneciana de 1474. (Para una historia del derecho de patentes y privilegios al inventor, puede verse, aparte las obras ya citadas y el "Tratado" de FRANCESCHELLI, los trabajos de G. MANDICH ("Privativa industriale in Venezia", en RIV. DIR. COMMERCIALE", Milán, 1936, t.I, pág. 511 y sigtes, y "Primi riconoscimenti veneziani di un diritto di privativa agli inventori", en "RIV. DIR. INDUSTRIALE, Milán, 1958, I, págs. 101 y sigtes, y 137 y sigtes), que han sacado a luz y comentado numerosos privilegios de gran valor para la comprensión de este proceso histórico; los de E. WYNDHAN HULME ("The history of patent system under the prerogative and at common law", en "The Law Quarterly Review", Londres, 1896, abril, nº XLVI, p.141 y sigtes).- Sin embargo, el reconocimiento explícito del derecho del inventor y su consagración en textos legales surge como consecuencia de la revolución industrial (cuya iniciación se sitúa entre 1760 y 1830 por FRANCESCHELLI), caracterizada, como ha dicho BIRNIE ("Historia económica de Europa", México, 1944, pág. 19) como la "sustitución de los utensilios por las máquinas", movidas por fuerzas ajenas al hombre, y en que se producen extraordinarios cambios técnicos y esa perspectiva de progreso indefinido que constituye el verdadero ambiente de la estimación de la idea inventiva como un "bien patrimonial". Entre esos cambios, ocupa un lugar relevante la nueva concepción sobre la manufactura, representada por la "producción en masa" y la "fabricación en serie", partiendo de prototipos, en que el producto a obtener ha de poder ser representado como el resultado de aplicar y realizar su propia idea. Todo ello hace ver, en fin, que junto a aspectos de contenido universal, éstos derechos ofrecen también un contenido contingente, ya que la protección se encuentra estrechamente vinculada a la aparición de ciertas condiciones sociales, técnicas y económicas, es decir, históricas en definitiva.

En un régimen económico basado en la exaltación de la iniciativa empresarial y de la propiedad privada, en que se ofrecen a la libre actividad económica las perspectivas de una ganancia indefinida, como estímulo para que la producción cumpla una función social que no emana de decisiones políticas sino de lo que se ha llamado la "soberanía del consumidor" (ROPKE), el interés del creador no se conforma con menos que con esa situación privilegiada de exclusión de competidores, que constituye el ideal perseguido por todos los que participan en la "competencia económica. El derecho toma en cuenta, para satisfacer aquí ese interés monopolístico del autor, que, como ha indicado CASANOVA, existe un contraste demasiado fuerte entre lo poco que supone de mérito y de esfuerzo, frente a la labor creadora, la actuación del imitador ó el reproductor, y lo valiosa que resulta luego la copia producida. En un régimen económico en que se premia con la posibilidad de una ganancia indefinida la acción empresarial, supondría un verdadero enriquecimiento injusto permitir que cualquiera pudiese optar a esa probabilidad de ganancia basándose en la reproducción ó la copia de la creación espiritual, en perjuicio de quien la ha creado. El derecho impedirá que nadie obstaculice esa posibilidad de lucro que se deriva de la utilización de la "pauta" creadora, eliminando toda clase de eventuales completidores. Este es el que se llama "contenido excluyente" de carácter patrimonial de los derechos de los creadores.

Pero, claro está, ese ingrediente monopolístico se encuentra condicionado a unos supuestos determinados de organización económica y social. Si el principio de iniciativa y de propiedad individual se sustituyen por los de nacionalización y propiedad colectiva y la organización económica deja de servirse de la idea de la opción empresarial a una

ganancia ilimitada, el interés del creador, en este aspecto - patrimonial se verá afectado profundamente. En un régimen - económico en que no exista la propiedad privada de los medios de producción, de nada servirá al autor un monopolio, que luego la contextura del régimen económico haría ineficaz. Por - eso en los países de economía socialista ó comunista, el derecho del autor, sin dejar de ser excluyente en el fondo, se matiza con instituciones próximas a una especie de "Tantiesystem" (licencia obligatoria, posibilidad de reproducir la creación, en cierta medida, sin más que pagar al autor un cánon), y la protección del inventor, sin desconocer totalmente, como alternativa teórica, la exclusiva de explotación, se desvía - hacia un sistema de recompensas sociales, proporcionales al - mérito y a la productividad de la aportación en manos de una empresa colectiva (certificados de autor, mejoras y perfeccionamientos técnicos) (10).

En resumen, el aspecto patrimonial del derecho de los - creadores, a pesar de ser el que suscita una pugna más viva de intereses, y aunque para una parte de la doctrina contiene lo que es en él sustancial y definidor, no es sino un reflejo de las otras facetas personal y cultural y en definitiva conduce a soluciones jurídicas contingentes, que pueden resultar matizadas y condicionadas por factores históricos y sociales concretos.

(10). KATZAROV resume las notas del régimen de derecho de - autor en los países socialistas indicando que: 1) sus normas constituyen un sistema de derecho impositivo; 2) en es aspecto patrimonial, los intereses del autor se supeditan a los - del editor, desarrollándose sus relaciones en el marco de unos contratos típicos; 3) es idea esencial que la creación intelectual pase rápidamente a estar a disposición de la comuni - dad, por lo que son instituciones fundamentales la "licencia obligatoria" y la expropiación; 4) el derecho de autor tiene un carácter territorial, por lo que se desconoce el derecho - sobre la traducción. (Vid. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht der UDSSR und der Volksdemokratien Europas*", Weinheim

En todo caso, ya se comprende que una clase de objetos como los que consideramos, que promueven al mismo tiempo intereses de tan dispar naturaleza, forzosamente han de dar lugar a la organización de un tipo de derecho peculiar, de contenido complejo, y se manifestará en facultades de muy distinto carácter, que será posible examinar separadamente desde el punto de vista del análisis y a efectos prácticos, pero a condición de que no se olvide que todas ellas forman parte de un único núcleo proclamatorio y dispositivo, que constituye su esencia común.

CAPITULO III

SU CONDICION DE MEDIOS NORMATIVOS, ACTUABLES IMPERSONALMENTE

La repetibilidad objetiva de la creación espiritual

8. Las creaciones espirituales son para el derecho, ó la realidad personal imputable a un hombre, ó el conjunto de posibilidades normativas que permiten a cualquiera obtener un número indefinido de ejemplarizaciones materiales de la creación, sin más que utilizar esa "pauta de un modo impersonal y objetivo.

En tal sentido, las creaciones son verdaderos "medios
de

1960, pág. 227). En cuanto a la protección de la inventiva, junto a la institución clásica de la "patente de invención", con su contenido monopolístico, se regulan el "diploma al descubridor", el "certificado de autor" y las "indemnizaciones y premios por proposiciones de racionalización y mejora técnica". Sobre la modalidad de recompensa al autor de un descubrimiento científico en la URSS, puede verse el reciente trabajo de Y.E. MAKSAREV, "La protection juridique des découvertes scientifiques en URSS", en "PROPRIETE INDUSTRIELLE", - marzo-1969, pág. 70 sigtes.

de acción" ("medios de producción" de bienes, los hemos denominado antes); pero en los cuales se da la circunstancia especialísima de que se encuentran a la vez presentes el medio y el resultado de su aplicación, pues no se olvide que para lo que da la "pauta" la creación espiritual es para obtener una realidad material que la encarne a sí misma.

Pero además, la creación espiritual, como "pauta" manifiesta una cualidad peculiar: su aptitud para ser actuada impersonalmente, su repetibilidad objetiva.

En efecto, lo que caracteriza a la creación espiritual no es por sí solo su valor personal -lo que conviene a otras muchas actividades, comportamientos y resultados- sino el modo normativo como expresa la personalidad el sujeto. La creación es la obra personal de un hombre, con la que ya puede hacerse impersonalmente una obra. El creador realiza una tal enajenación de sí mismo al forjar las significaciones, que lo que era pura norma personal se transforma en un conjunto de prescripciones aplicables ya por cualquiera. No existe otro modo más propio que éste de transformar al sujeto en objeto. La obra ha estado regida únicamente por la personalidad del autor; y sin embargo, de aplicar norma tan inflexible, tan radicalmente subjetiva, lo que resulta es un objeto hasta tal punto impersonalizado, que enuncia las condiciones que ha de cumplir en la realidad una determinada materia ó energía (lo hace, como ya sabemos, implícitamente, en las creaciones de la "propiedad intelectual", y de un modo expreso, mediante su formulación en enunciados autónomos, en la "propiedad industrial").

No contradice lo anterior la realidad evidente de que, en las creaciones literarias y estéticas, la mediación del intérprete ó del ejecutante, puede dar lugar a "versiones" de muy diferente calidad; y el que en las invenciones, la rea

lización de la idea inventiva conducirá a resultados más ó menos perfectos, según la habilidad y los medios del realizador. Esas "variaciones" no afectan en nada a lo esencial de la creación, es decir, a su "sentido" intelectual, estético ó utilitario. El diálogo genial de "Romeo y Julieta" no es menos genial ni resulta afectado desfavorablemente cuando lo reproduce una pareja de torpes principiantes. Las deficiencias de interpretación sólo influirán en las posibilidades del goce artístico de la obra, pero no incidirán en la obra misma, que seguirá siendo la que era. Ese conjunto de enunciados normativos formulados expresamente que, contra la naturaleza misma de las creaciones intelectuales, se incluyen normalmente en las obras literarias representables, en forma de "acotaciones" del autor, en las que prescribe determinados movimientos, gestos ó acciones de los intérpretes, tienen tan sólo un valor sugeridor de lo que luego, al cumplimentarlas - el director escénico ó el actor, se manifiestan como una creación adicional y propia, que tiene un valor meramente "ilustrativo". En las creaciones protegidas por la "propiedad intelectual" los elementos normativos que constituyen la obra se encuentran siempre implícitos en la realidad física proporcionada por el autor; no son susceptibles de una formulación expresa. En ellas los enunciados autónomos de condiciones a cumplir son simplemente prescripciones sugeridoras, en que la variabilidad de la versión ejecutiva del intérprete no añade ni quita nada a la esencia de la obra, expresando sólo una mediación en la transmisión de las emociones, los sentimientos, las impresiones que corresponderían a la creación espiritual, dado su "sentido". De este modo, el intérprete, sin dejar de ser un creador, lo es en el sector del goce de la creación, realizando ante los espectadores una función "quasi-didáctica" podríamos decir. La creación espiritual es una combinación de elementos sensibles; y siempre que esa misma combinación se

aplique, el resultado será idéntico "en lo esencial" (es decir, idéntico, en cuanto al sentido que poseerán esos elementos sensibles).

Un problema análogo, aunque en cierto modo de planteamiento inverso, suscita la ejecución de la invención. Aquí también cabe preguntarse si las anteriores conclusiones no las contradice el hecho de que una misma idea inventiva puede ser realizada con mayor ó menor perfección y eficacia, según las cualidades personales y los medios técnicos del realizador. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el problema del ejecutor de la invención es únicamente producir una realidad material, que se ofrezca como resultado de cumplir el enunciado normativo expreso en que, como sabemos, consiste la invención. Si la norma se cumple y la invención es realizable, entonces el resultado habrá de ser el previsto por el inventor, y habrá de ser idéntico "en lo esencial" al que obtenga cualquier otro realizador de la norma inventiva. La mayor ó menor perfección del resultado, reflejadas en notas ó rasgos accidentales del producto, si se mantienen dentro del sector del cumplimiento (es decir, si en lo más, no son consecuencia de una actividad inventiva propia y en lo menos, no entrañan torpezas que impidan afirmar que la norma ha sido, en efecto, realizada), carecen de relevancia alguna con respecto a la invención; no alteran sus valores industriales y técnicos, reduciéndose a constituirse en meros datos normativos implícitos en la realidad natural, con una función ilustrativa y ejemplar, que es la que en la invención corresponde a todo elemento normativo que no aparezca formulado expresamente.

Y esta realizabilidad objetiva de las creaciones espirituales es la que les proporciona su aptitud para constituirse en objetos jurídicos autónomos.

Ahora es cuando se comprenderá la razón por la que el de
recho sólo dá éste tratamiento a aquéllas creaciones espiri-
tuales cuya estructura normativa permite su transformación en
prototipos de aplicación impersonal, mientras, en cambio, pro
tege con expedientes diversos, pero que no se concretan en un
"derecho sobre la creación", aquéllas obras manifestaciones -
personales que no estén dotadas de esta nota especial. Es su
virtud personalizante, su aptitud específica para producir un
resultado idéntico en lo esencial, cualquiera que sea el agen
te ejecutor, lo que abre a las creaciones espirituales las -
puertas a la objetividad jurídica. De otro modo no podrían -
ser protegidas por un derecho tan "sui generis" como el que
consideramos, sino por el "derecho de la personalidad", en -
cuanto manifestaciones personales de un sujeto, ó por otro ti
po de derechos patrimoniales, en cuanto "servicios" ó "presta
ciones". Sólo por la objetividad que les proporciona su con -
textura normativa, son algo más que "actividades"; son "quasi
-cosas".

Cosas, prestaciones y creaciones espirituales.

9. Surge de un modo natural la comparación entre el mo-
do de ser objetivo de las "cosas", el de las "prestaciones" y
el de las "creaciones espirituales".

Las "cosas" son objetos jurídicos por su aptitud para -
que, sirviéndose de ellas, cualquier sujeto desarrolle ese gé
nero de actividad esencialmente tópica e impersonal que se de
nomina "disfrute". Son, pues, "medios de acción" con virtuali
dad propia, cualquiera que sea el usuario; pues aunque cada -
uno puede dar a la "cosa" de la que es propietario una aplica
ción y un destino diferente, según su personal conveniencia y
su iniciativa, sin embargo, las posibilidades de actuación -
que permite la cosa son las mismas para cualquier sujeto, por

que están regidas por las características y cualidades que la cosa posee, es decir, en una cierta medida son independientes de las decisiones del titular. El "disfrute" puede ser representado, por tanto, como una actividad que en su esencia no varía cuando cambian los sujetos que se benefician de él. Por eso una "cosa" es un bien apetecido por todos y transmisible de un modo general.

Por su parte, la "prestación" es verdad que estriba en comportamientos humanos que poseen toda la variabilidad y la inseguridad propias de una conducta personal y libre. Sin embargo, se encuentra determinada dentro de límites muy precisos, que resultan de la necesidad de que coincidan la conducta real del deudor y la conducta prescrita por la norma preestablecida en el contrato ó en la ley. El comportamiento del deudor, por encima de la diversidad de versiones que revista, según las circunstancias, aptitudes y decisiones del sujeto, queda definido muy caracterizadamente por el hecho de que, cuando se produzca, habrá de poder decirse de él que constituye el cumplimiento de una "norma de acción" idéntica-en lo esencial- a la "norma pactada".

Paliada así la eventual variabilidad de la conducta exigible (de modo que para cualquier acreedor resultará en principio satisfactoria de su interés la actividad de cualquier deudor, cumplidora de lo pactado), el derecho habilita también expedientes propios para eludir esa inseguridad "natural" de su producción en el futuro. El deudor puede ó no, libremente, cumplir sus obligaciones. Pero si no lo hace, surgirán las instituciones reparadoras: la realización subsidiaria y la indemnización. A pesar de ello, la prestación, que es un "bien" no puede recibir para el derecho el tratamiento de una "cosa". Siendo en tantas ocasiones un "trámite" para llegar a las cosas (VON THUR), no posee, sin embargo, el mismo género de ob-

jetividad. Aquí la función del objeto jurídico se desplaza claramente, de su posición en el derecho de "cosas", de "quid" pasivo que soporta facultades y expresa un verdadero "señorío" del titular sobre el mundo exterior (lo que no es posible en las "prestaciones", por el respeto a la personalidad y a la libertad del deudor), hacia una misión delimitadora del contenido del derecho (el acreedor está facultado para exigir que el deudor realice una actividad, que será precisamente el comportamiento descrito en la norma legal ó en la pactada). Por eso, tratándose de la "prestación" y en atención a su modo peculiar de objetividad jurídica, el derecho se hace cauteloso y condicionado al regular su transmisibilidad (obligaciones personalísimas, cesión de créditos novación subjetiva).

Y frente a éstos dos tipos tradicionales de objetos jurídicos, las "cosas" y las "prestaciones", cada uno de los cuales lo son en una acepción peculiar, se manifiestan como objetos de notas muy especiales las creaciones espirituales, que ganan el acceso a esa objetividad gracias a su aptitud para que los elementos normativos que aportan sean actuados impersonalmente, mediante la aplicación de una actividad ejecutiva y neutra (de simple realización ó cumplimiento de una "norma" ó "pauta"), que conducirá al mismo resultado esencial cualquiera que sea el sujeto executor.

Esta aptitud específica para la objetividad hace a éstos "bienes" intercambiables y transferibles sin limitación; apetezibles económicamente sin acepción de personas.

SECCION 2ª

RELACIONES ENTRE LA NATURALEZA DEL OBJETO Y LA CARACTERIZACION DEL DERECHO SUBJETIVO.

CAPITULO I

LA OBJECCION DE LA IRRELEVANCIA DE LA NATURALEZA DEL OBJETO PARA LA DEFINICION DEL DERECHO

Objeto y contenido del derecho subjetivo

10. Hemos venido precisando las notas peculiares que caracterizan a éstos objetos jurídicos tan singulares que son las creaciones espirituales, con el propósito de allegar de este modo datos útiles para el estudio de los correspondientes derechos subjetivos. Ahora bien, ésta posición incurre en una objeción que se ha hecho ya clásica: la de que los derechos no se definen por razón de su objeto, sino por su contenido. Lo que expresa la verdadera naturaleza de un derecho es el conjunto de facultades que confiere a su titular, y no el objeto sobre el cual esos poderes jurídicos recaigan. Por eso es por lo que la tesis contraria, por ejemplo, la tesis de PICARD, es rechazada por la mayor parte de la doctrina (11).

El dogma de que lo que define al derecho es el contenido y no el objeto es una consecuencia de que la teoría del derecho subjetivo sólo puede sostenerse admitiendo que sobre un mismo objeto pueden recaer derechos diferentes (como propiedad, usufructo, servidumbre) (12). Una de las muchas obje

(11) Vid. ad ex. GUGLIELMETTI, "Il marchio. Oggetto e contenuto", Milán, 1955, pág. 222: No es adecuado para una clasificación sistemática el criterio consistente en distinguir algunas relaciones jurídicas en razón a "la particular naturaleza de su objeto".

(12) Precisamente ésta proposición es para MAIORCA la mayor dificultad conceptual y una de las contradicciones insalvables de la construcción del "derecho subjetivo" ("Es posible que sobre la misma cosa pese un derecho de propiedad, uno de

usufructo, una ó más servidumbres, una ó más garantías reales. Eso depende -se dice- de la circunstancia de que varios derechos pueden tener el mismo objeto"). En la indicada tesis "objeto de derecho" no equivale a ámbito abstracto ó formal del ejercicio del poder de la voluntad; es, por el contrario, su elemento sustancial imprescindible. Por ello que varios poderes pueden ejercitarse en un mismo ámbito espacial, en sentido formal es concebible. Menos concebible es de qué modo suceda que una misma sustancia, una misma porción de la realidad pueda ser al mismo tiempo la referencia objetiva de varios derechos y ser esencial para cada uno de ellos en su integridad sustancial... No se comprende cómo puede un poder, cualquiera que sea su ámbito formal, conciliarse con otro, -aunque sea de ámbito diverso, si ambos se refieren a una misma entidad sustancial"... "Si la referencia objetiva no es exclusiva, el poder permanece como no cualificado por defecto del elemento sustancial" (Vid. MAIORCA, "L'oggetto dei diritti", Milán, 1939, nº 58, p. 91). Esa compatibilidad es imposible para MAIORCA porque de los dos elementos del derecho subjetivo (contenido y objeto), el primero realiza la función de determinar el ámbito abstracto del poder jurídico, -mientras el segundo es sólo una realidad concreta, coincidente con el objeto de interés en cada caso determinado, por lo que no puede incorporarse al concepto de derecho subjetivo -como simple elemento formal que contribuya a la delimitación del poder jurídico, sino en su integridad sustancial, que es lo que impide -a su juicio- que resulte lógico que una misma cosa preste su realidad idéntica a varios poderes jurídicos, sin agotarse, en cuanto a la realidad, en ninguno de ellos. - Nos parece que ésta objeción deriva en mucha parte de aceptar la concepción clásica -y estática- según la cual el objeto jurídico es únicamente un "quid" pasivo soportador de facultades. En varios momentos de este trabajo nos referimos -nosotros a la necesidad de admitir una concepción dinámica, para la que el objeto se traduzca siempre -incluso cuando se trata de una "cosa"- en un conjunto de posibilidades de acción (Al respecto, puede verse cómo ésta idea trasciende, por ejemplo, en PUBLIATTI, al señalar que la propiedad protege el interés de la cosa "en la íntegra totalidad de sus posibilidades", en su obra "La proprietà del nuovo diritto", ya cit. pág. 159). Esas posibilidades de acción vienen dadas -por las propias notas y cualidades de la cosa, que dice, a través de ellas, qué es lo que el titular puede hacer.- Por ello se apreciará en el texto nuestra posición de que la delimitación del poder jurídico -y, por tanto, su caracterización y definición-, no puede confiarse sólo al contenido del derecho, sino que ha de encomendarse también al objeto, porque el derecho permite hacer (posibilidad "jurídica"), lo que el objeto hace posible hacer (posibilidad "real"). Ambos

ciones formuladas contra la teoría de los derechos sobre bienes inmateriales es precisamente la de que obtiene la caracterización de esos derechos gracias a rasgos extraídos de los objetos sobre los que recaen. No es la circunstancia de que un derecho se aplique a tal objeto ó a tal otro lo que está en la base de la clasificación general de los derechos -dirá ROUBIER-, sino el que tengan éste ó el otro contenido (13).

En términos generales, no podría negarse lo acertado de esa afirmación, que, sin embargo, sería imposible llevar a sus últimas consecuencias.

El fenómeno general de la modulación del derecho por su referencia objetiva.

11. En primer lugar, a pesar de la exactitud del criterio que se apunta y en que consiste la objeción, sin embargo

elementos poseen la misma esencia. Lo que sucede es que la -permisión que describe el contenido es de carácter "jurídico" -y, por consiguiente, sólo admite una formulación tópica, -efectuada a través de un juicio de calificación del acto; mientras que la permisión acotada por el objeto es de naturaleza "real", -por lo que ha de enunciarse mediante la referencia a una realidad dada, lo que resupone un juicio de identidad. - Cuando la acción posible puede transformarse jurídicamente en lo que puede hacer uno mismo, -es decir, el titular-, la referencia del contenido al objeto es tan fuerte, que surge un poder jurídico de "disposición". Es lo que sucede con los "derechos reales". Si la acción posible se constituye, en cambio, únicamente como lo que se puede exigir que haga otro, la parcela real pasa a un segundo plano y el poder jurídico se articula como un simple "crédito".- Todo esto mismo contesta a la objeción de MAIORCA: es que sobre una misma cosa, -es decir, en el ámbito de unas posibilidades reales determinadas- pueden aparecer autorizados jurídicamente actos de diferente naturaleza. Sólo la propiedad, como se ha visto, comprende la -permisión de toda clase de actos para los que la cosa pueda servir de medio.

(13) Cfr. ROUBIER, op. cit. I, pág. 103.

no puede negarse que la diferente naturaleza del objeto sobre el que un determinado derecho recae ejerce alguna clase de influencia, impone una cierta matización a ese contenido de ou-ya caracterización se trata.

Lo prueba el que esa modulación a impulsos de la distinta referencia objetiva se encuentra incluso en el dominio que a pesar de su carácter arquetípico, no puede dejar de diversificarse en su régimen según la naturaleza de las cosas sobre las que versa. La existencia de los dos grandes tratados de - las cosas muebles e inmuebles está ilustrando ésta verdad (14) que ha subrayado HERNANDEZ GIL, al indicar que el dominio está sufriendo un proceso de desintegración, en virtud del cual se diversifica en función de la diversidad de sus objetos, pudiendo ya hablarse de una "propiedad inmobiliaria" y "mobiliaria", de una "propiedad comercial", de una "propiedad urbana" etc. (15). En esa misma verdad se basa todo ese movimiento - que vá de JOSSE RAND a PUGLIATTI, que se define con una sola expresión: ya no puede hablarse de propiedad, sino de propie-dades.

(14) La distinción se traduce en el establecimiento de un régimen propio para cada uno de estos dos tipos de bienes, no sólo en derecho privado, sino también en el procesal, penal, fiscal, etc. (Vid. BIONDI, "I beni", Turín, 1956, pág. 63. En el mismo sentido, BARASSI "Diritti reali e possesso", Milán, 1952, I, p.198. PUGLIATTI, op. cit., pág. 253, etc.)

(15) Vid. Antonio HERNANDEZ GIL, "Reflexiones sobre el futuro del Derecho Civil", en REV. DCHO. PRIVADO, 1957, diciembre pág. 1178: "La propiedad cada día más tiende a dejar de ser - unitaria, igual para toda clase de bienes. El Código Civil - contiene una breve y uniforme ordenación de la propiedad. Sólo reconoce particularidades a la propiedad intelectual, la - industrial, la de agua y la de minas. Son las antiguas y anómalas propiedades especiales, situadas en la zona limítrofe 9 del Derecho civil y el administrativo. Lo ayer anómalo se torna gradualmente en regla general. El derecho de propiedad se desintegra en diversos derechos de propiedad en función de - los objetos: propiedad mobiliaria e inmobiliaria, propiedad - comercial, propiedad de la empresa, propiedad agraria, propiedad forestal, propiedad urbana".

Es, pues, inevitable una cierta modulación de las facultades que constituyen el contenido de un derecho, según cuál sea su objeto, como se aprecia, por ejemplo, en lo diferente que resulta el poder jurídico del propietario de una finca urbana en el régimen español de prórroga forzosa, bloqueo de rentas y limitaciones de enajenación, con respecto a cualquier otro titular dominical; ó en las diferencias de régimen jurídico que forzósamente han de existir entre el usufructo de un fundo y el de un bien consumible. Y si esto es así, cuánto más justificado no resultará presumir esa influencia del carácter del objeto sobre el contenido del derecho subjetivo cuando la diversidad de la naturaleza del objeto es tan profunda y radical como en los derechos que estudiamos.

CAPITULO II

EL OBJETO JURIDICO. COMO "PRIUS" NATURAL. EN EL DERECHO DE COSAS.

12. En segundo término, la objeción a que nos referimos olvida que esa neta separación entre contenido y objeto del derecho no siempre es tan determinante y clara como para que sea posible aceptar que el de objeto es un concepto que puede construirse sin realizar una tarea previa de delimitación y separación (16).

(16) La crítica a que somete MAIORCA, en la op. cit. a la categoría del "derecho subjetivo" incluye precisamente como uno de sus fundamentales supuestos la que él considera imposible delimitación del objeto, como "prius" del que ~~x~~ partir ni siquiera en el derecho de cosas. A tal fin -indica- no sirve ni aún el criterio de una delimitación espacial, que se manifiesta como puramente artificioso. "Ticio puede ser propietario del fundo Tuscolano y también del contiguo Cornelianiano... ¿Posee Ticio un solo derecho subjetivo que tenga por objeto el área comprensiva de los dos territorios? ¿O ninguno de los dos territorios forma objeto de un derecho autó-

En el derecho que recae sobre cosas podríamos admitir que en la relación entre contenido y objeto, éste se presenta como un dato previo perfectamente estereotipado e inalterable en sus líneas básicas. El contenido del derecho viene a estar representado por lo que al titular se le permite hacer; define una posibilidad de hacer de carácter jurídico. Por el contrario, la cosa que actúa de objeto significa también una permisión de hacer, pero hipostasiada en las notas y cualidades de la cosa; define una posibilidad real, que - llena de contenido material la posibilidad jurídica. Así, el contenido del derecho de propiedad consiste en disfrutar de una cosa determinada: eso es lo que al titular le está permitido hacer. (Se prescinde del lado excluyente y negativo constituido por la obligación general de abstención, que - hay que conceptuar como el expediente jurídico que garantiza esa permisión). Pero a su vez, disfrutar la cosa es utilizarla para aquéllo para lo que sirve conforme a su naturaleza; por lo que se aprecia cómo lo que jurídicamente se puede

nomos?" Estamos -dice MAIORCA- en el campo del puro arbitrio. Cabe plantear este mismo problema para cada fracción, para cada árbol, para cada piedra y así hasta el infinito, pues - sería posible concebir la construcción de infinitos derechos subjetivos, con una serie infinita de objetos. Para este autor, toda la teoría de la delimitación espacial ó de los límites externos de la propiedad fundiaria no persigue sino de terminar la esfera de acción del propietario, dentro de la - cual su acción es lícita y resulta ilícita la de otros, esfera que se determina como un sólido en el espacio que ocupa - el fundo. Estima, no obstante, que ni este problema queda resuelto: así, la actividad de abrir un pozo ya no la confina el propio objeto, sino que sólo puede desarrollarse a dos metros de los linderos (vid.op. cit. nº 11, págs. 16 y siguientes). Es que, según MAIORCA, los conceptos de contenido y objeto del derecho son de difícil separación, pues la noción de contenido como aquéllo que se puede hacer en relación con una cosa determinada se encuentra conexas con la de objeto, - como ámbito de ejercicio. Lo que determina la ley son los - confines relativos a la actividad; la consideración de la materia surge después, como aquella entidad sobre la que se desenvuelve la actividad de disfrute y disposición (vid. op. cit., pág. 21).

hacer es lo que la cosa misma permite hacer, de acuerdo con sus notas y cualidades. Esta otra posibilidad, sin embargo, es tan sólo lo que llena de contenido real la permisión en que consiste el derecho. Cuando el objeto del derecho es una cosa, se observa, por tanto, una neta delimitación entre contenido y objeto, porque mientras aquél expresa una posibilidad jurídica, éste se traduce en una posibilidad real, hipostasiada en las notas de la cosa que sirve de objeto. Que es de carácter extrajurídico esta posibilidad real se deduce del hecho de que el contenido del derecho mismo, en el enunciado de facultades que formula, no necesita hacer sino referirse a la posesión material del objeto, para que con ello quede ya dicho todo cuanto el titular está facultado para hacer. Hay, pues, una remisión del contenido del derecho al objeto sobre el que las facultades recaen, que proporciona su propia verificación real. Lo que jurídicamente puede el titular hacer, en el fondo, es tener la cosa a su completa disposición y disfrutar de ella. De ahí el sesgo pasivo y estático que en estos casos reviste el objeto jurídico. Y por eso la "propiedad" no se presenta estrictamente como un "derecho de hacer", aunque faculta para desarrollar una actividad determinada -el disfrute- sino que consiste esencialmente en -un derecho "a disponer acerca del goce" de una cosa (17).

(17) Vid. esta concepción en CARNELUTTI, "Teoría general del Derecho", trad. esp. de Carlos G. POSADA, Madrid, 1941, el concepto de "derecho subjetivo", como situación jurídica instrumental.- De ahí también que el dominio y los demás derechos reales deban ser definidos por la nota de "inmediatividad", y no por una mera "oponibilidad erga omnes", como quiere parte de la doctrina (Vid. GUGLIELMETTI, op. cit. p. 227). (A juicio de BARASSI el peso de los dos elementos, -el interno de la "inmediatividad" y el externo de la "absolutividad"- en el concepto de derecho real es equivalente: vid. "Diritti reali e possesso", Milán, 1952, I, pág. 20). El estudio del problema de la construcción dogmática del derecho real lo ha realizado exhaustivamente FERRANTE, en "Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni", Milán, 1947, pág. 99.

Se ha hablado del dominio, pero lo mismo podría servir ^{cualqu} cualquier otro ejemplo. Así, la servidumbre de luces. En este otro caso, el derecho permite recibir la luz del exterior; pero esa posibilidad jurídica, una vez tipificada así en el contenido del derecho, termina por delimitarse en su versión real y concreta por las circunstancias que concurren en los predios dominante y sirviendo. El derecho no garantiza en la formulación de su contenido sino posibilidades típicas, que luego resultan condicionadas a las peculiaridades y cualidades de la cosa. Dos titulares de lo que jurídicamente debe calificarse como el mismo derecho de servidumbre de luces - pueden disfrutar en la realidad de esas luces en muy diferente medida, si el uno hace recaer su derecho sobre una finca abierta y el otro, sobre un patio interior.

En conclusión, la separación entre el núcleo típico de facultades jurídicas y el ente objetivo que permite verificarlas realmente, puede ser perfectamente clara en el derecho de cosas, que parte del concepto de objeto como de un presupuesto podríamos decir que "natural"; como un "prius" cuya confusión con el contenido del derecho no es posible.

CAPITULO III

LA DIFERENTE PROBLEMÁTICA DEL DERECHO DE LOS CREADORES.

La necesidad de distinguir intelectualmente entre posibilidades jurídicas y posibilidades reales.

13. Cuando salimos del derecho de cosas, la convicción de esa separación segura entre "contenido" y "objeto" del derecho ya no posee la misma firmeza. Basta pensar en la diversidad de construcciones a que se vé sometida, por ejemplo, la

estructura del derecho de obligaciones ó de crédito, Para unos aquí el objeto es la "prestación" del obligado; para otros, la cosa misma que trata de obtener el titular a través de la prestación del deudor; hay quien distingue todavía entre un objeto "mediate" y un objeto "inmediato" (18).

Aún se debate, en fin, la doctrina en torno al problema de la determinación del objeto en otros derechos, como el de la personalidad, que unos hacen consistir en el propio sujeto y otros en cualidades ó atributos suyos, sin que falten los partidarios de resolver la cuestión negando que este tipo de derechos recaiga sobre objeto alguno, incurriendo así en la caústica observación de CARNELUTTI, dedicada a los que construyen el derecho de los creadores como un derecho sin objeto - (19).

(18) Sobre las diferentes construcciones del derecho de crédito, vid. FERRANTE, op. cit. p.141. La distinción entre objeto "mediate" e "inmediato" se encuentra en GUGLIELMETTI, op. cit. pág. 102: En las obligaciones -de dar- objeto mediate es la cosa de la que se obtiene la satisfacción del titular y objeto inmediato es la prestación del deudor. En análogo sentido, vid. Guido LANDI, "La concessione amministrativa con clausola di esclusiva", Milán, 1941, nota (1), pág. 47 y el carácter "ambiguo" del concepto de objeto jurídico.

(19) Al señalar CARNELUTTI que la base fundamental de la teoría de los derechos sobre los productos espirituales es la distinción entre el derecho sobre la cosa material y el derecho sobre la cosa intelectual, apunta que muchos juristas han aceptado el derecho y han negado el objeto, "habiéndose surgido aquella grotesca figura del derecho sin objeto, que se recuerda sólo como un síntoma de la dificultad de encontrarlo" (Vid "Teoría general del Derecho", ya cit. pág. 153). Respecto a la diversidad de construcciones doctrinales sobre el derecho de la personalidad, cfr. Adriano DE CUPIS, "I diritti della personalità", Milán, 1950, pág. 22 sigtes; Gerardo SANTINI, "I diritti della personalità nel Diritto industriale", Padua, 1959 p.5 sigtes. La construcción de un "derecho general de la personalidad" es obra de GIERKE, como es sabido (vid. "Deutsches - Privatrecht", I, pág. 702 sigtes).

Este tipo de observaciones podrían continuar, pero nos apartarían de nuestro propósito. Lo cierto es que, como ha subrayado GUASP, la teoría del derecho subjetivo ha sabido - profundizar en la elaboración de los conceptos de sujeto y - contenido, pero no ha dedicado igual favor al estudio del objeto, que se presenta abundante en lagunas (20).

En todo caso, el problema reviste mucha más dificultad cuando se trata de las creaciones espirituales. Aquí, el derecho no puede partir del dato natural que le sirve de presupuesto en el derecho de cosas. Estamos ante el mundo de las concepciones, de las creaciones, es decir, de entidades inexistentes "in rerum natura". En el derecho de cosas podía separarse con nitidez, contenido de objeto, porque la distinción entre las posibilidades jurídicas y las posibilidades reales se encuentra apoyada en un dato "natural", lo que permite determinar de modo preciso la zona de lo "permitido-prohibido". - Esa zona la constituye toda "actividad" ó "exigencia" del sujeto que haya de ser calificada como acto de ejercicio del poder jurídico, dentro de la esfera de posibilidades materiales que efectivamente ofrece la cosa. En otras palabras: el pro-pietario está protegido con respecto a todo acto en relación con la cosa, que pueda ser calificado como acto de disfrute. Pero para que esa perfecta delimitación sea posible, es necesario partir de una previa y precisa identificación e individualización de la cosa-objeto. Sólo cuando ésta queda convertida en un punto fijo y presupuesto, la zona protegida puede quedar trazada sin más que hacer que el poder jurídico se - aplique al ámbito de las posibilidades de esa cosa.

(20) Nos referimos a la conferencia, que sepamos aún inédita, de Jaime GUASP, en el curso de Derecho de autor, organizado - por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, bajo el título "La ejecución de los derechos de autor", el 24 de - febrero de 1959.

Pero es que el primer problema que se suscita en el derecho de los creadores es dónde termina el poder jurídico y dónde empieza su referencia objetiva, pues en él, la entidad-objeto (la creación) ofrece unas posibilidades de hacer (su reproducción, multiplicación, etc.) que no se sabe si han de calificarse en toda ó en alguna medida como meras posibilidades de hecho proporcionadas por el objeto, ó como auténticas facultades, como poderes jurídicos propios, constitutivos - del contenido del derecho. Para que el objeto se nos aparezca como un sector previo que pueda reconocerse como diverso de toda fórmula jurídica que diga -desde el contenido del derecho- lo que el titular puede hacer, hay que proceder a la delimitación de ese objeto, descubriendo su contextura especial, determinando sus confines intelectualmente, precisando los criterios aplicables a su individualización, articulando en definitiva sus notas en una teoría general. He aquí, pues, hasta qué punto resulta importante la investigación de la naturaleza del objeto de estos derechos, para la definición y caracterización del derecho mismo.

Qué posibilidades de actuación constituyen el contenido y cuales son las que proporciona el objeto desde un punto de vista real; mediante qué fórmulas ó mediante qué realidades han de quedar expresados cada uno de éstos dos elementos del derecho subjetivo, ese es el problema esencial de cualquier teoría jurídica.

Precisamente hemos visto ya que la doctrina se encuentra prácticamente dividida en dos grandes sectores: aquél que interpreta que en el derecho de los creadores todas las posibilidades del titular son de carácter jurídico, y aquel otro - que las califica siempre y en todo caso como meras posibilidades de hecho. Para el primero, reproducir la creación no es nada que haga posible materialmente el objeto del derecho, si

no que es llevar a cabo una actividad incluida genéricamente en la fórmula típica del contenido: es la tesis del monopolio de fabricación y venta. Para el segundo, multiplicar la creación no es hacer nada que enuncie autónomamente el contenido, sino que es aplicar la facultad genérica de disfrute a un caso concreto en que el objeto lo que permite es multiplicar y reproducir: es la tesis del derecho de propiedad. La posibilidad de éstas dos tesis extremas y contrapuestas ilustra suficientemente la dificultad del problema de esa separación y delimitación.

Formulación sintética del contenido del derecho

14. Por todo ello, la debida caracterización y el debido estudio del dato objetivo están estrechamente ligados al hallazgo de una fórmula sintética que exprese la clase de facultades que proporcionan los derechos de que tratamos. En un trabajo breve e inicial con el que comenzaron nuestras inquietudes sobre el tema, tenemos subrayado también lo peculiar de la situación, en este aspecto, del derecho de los creadores frente a otros tipos de derechos tradicionales. Recordábamos entonces que cuando se trata de la propiedad, por ejemplo, no es preciso, para definir el derecho, decir que el propietario de un fundo puede cultivarlo, hacer en él las labores que prefiera directamente y recoger la cosecha obtenida, ó por el contrario, dedicarlo a su propio recreo; ó a una explotación ganadera ó industrial; ó construir en él, ó enajenarlo y lucrarse con el importe del precio; ó cederlo a otro temporalmente mediante merced, etc. Antes que todo eso, sabemos qué es ser propietario, qué es ostentar el derecho a disponer y disfrutar de una cosa. Aquí, el contenido del derecho se resume en un esquema formal que no necesita completarse con lo que ya no es sino la flexión concreta de las facultades, según la cosa sobre la que se ejercen y las decisiones que adop

te el propietario (21). En cambio, no sólo no es posible, al parecer, definir con análogas fórmulas típicas las facultades del autor de obras literarias y artísticas, del inventor ó del usuario de signos mercantiles; es algo más: es que tampoco nos servimos de una fórmula única que comprenda todos los supuestos que pueden presentarse en cada uno de éstos sectores, sino a través de conceptos descriptivos y casuísticos. Y así, en una obra literaria diremos que lo "permitido-prohibido" es reproducir, extractar, traducir, adaptar, modificar, representar, ejecutar, interpretar, etc., en una fórmula que deja latente la duda de si habrá agotado todas las facultades concedidas al titular.

Pues bien; el establecimiento de una fórmula sintética en la determinación del contenido del derecho sólo parece posible partiendo del previo estudio del objeto; en nuestro caso, de una investigación de la naturaleza de las creaciones espirituales, como objetos jurídicos, que es un tema cuya relevancia no puede ponerse en duda, en la tarea de caracterización y definición de los derechos de los creadores, a pesar de la objeción antes examinada.

Superada, pues, a nuestro juicio la dificultad que entraña dicha objeción, hemos de dedicar a continuación nuestras reflexiones a completar la caracterización del objeto de éstos derechos peculiares, respecto al cual hemos indicado tan solo sus notas más salientes, en el resumen que encabeza la tercera parte de éste trabajo.

A ello, responden las páginas que siguen, que tienen por

(21) Vid. "Algunas indicaciones sobre la naturaleza jurídica de la propiedad industrial", conferencia pronunciada por el autor en 1959 en la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1962, pág. 29.

tema la determinación de un concepto de las creaciones espirituales,
en cuanto objetos jurídicos.

TITULO II

CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LAS CREACIONES ESPIRITUALES

CAPITULO I

PRESUPUESTOS METODOLOGICOS

La tentación de una ontología metajurídica

x.- Al tratar de elaborar un concepto de las creaciones espirituales como objetos jurídicos, se siente la tentación de derivar hacia consideraciones propias de la teoría de la estética, de la axiología ó de la ontología. No condenaremos tal orientación como estéril. Pero la introducción por ese camino apartaría este trabajo de su verdadera finalidad. Al fin y al cabo, la indagación de cualquier objeto jurídico es asunto propio de la ciencia del derecho, que no tiene que exigir forzosamente el presupuesto de una ontología fundamental. CARNELUCCI ha dicho que "no hay altura por encima de la cual la ciencia se convierta en algo que no sea ciencia" (1).

No vamos a afrontar nosotros una ontología propiamente dicha de las creaciones del espíritu humano. Bastará con poseer con respecto a ellas un punto de vista tal que nos aproxime a esa región de su esencia en la que puede apreciarse su aptitud para convertirse en un valor en torno al cual recaigan intereses que el derecho ha de atender y disciplinar.

Ese punto de vista no puede ser la propia creación, con

(1) Vid. CARNELUCCI, "Teoría general del Derecho", ya cit., prefacio.

todo su contenido espiritual y humano. En cuanto tal, su - realidad es tan vigorosa y tan compleja que rebasaría todo lindero; y el derecho es un sistema de límites. Desde la creación espiritual no se puede pasar al derecho "per saltum"; el derecho no contempla la creación espiritual directamente al organizar la tutela dedicada al creador.

Nuestro punto de vista, por consiguiente, ha de estribar en aspectos, en rasgos de la creación a través de los - cuales pueda el derecho captarla. De ahí que la "infinitud" la "ilimitación" y la "intemporalidad" no puedan ser adoptadas como calificaciones en las que basar una construcción - jurídica. Es necesario descubrir de algún modo el "mecanismo" de la creación, en un análisis que la concrete en sistemas de resultados y de posibilidades de acción. La creación para el derecho es sólo ó lo que hizo alguien en trance creador, ó lo que puede hacer otro, sin tener que crear nada; - fuera de ahí se sitúa en un plano metajurídico y transcendental. Forzósamente, el examen del "mecanismo" expresivo de la creación tiene que llevarnos a las puertas de la simbología. No las traspasaremos, sin embargo. Por de pronto, nuestro - problema es éste: si es posible -y cómo- que una obra del espíritu creador del hombre se convierta en un objeto protegido por el derecho.

Realidad y sentido, en la creación espiritual.

x.- Es evidente que se encuentra ya descalificada, a puro de distingos y análisis de la doctrina, la contraposición de entes materiales e inmateriales como elemento conceptual referido a la determinación de la esencia de éstos objetos específicos que son las creaciones del espíritu del hombre. La crítica contra la tesis de un derecho sobre "bienes inmateriales" ha tachado la distinción de artificiosa y

arbitraria. En cierto modo, no obstante, habrá que decir que resulta preciso alejarse del planteamiento que dá al problema, no sólo la distinción, sino su propia crítica. La creación intelectual, antes aún que no ser ni material ni inmaterial, lo que no es desde luego es una "cosa", como no es una cosa un hurto, ni un contrato, ni una insignia, ni una institución. En todos estos casos, una determinada combinación de elementos sensibles ha de ser interpretada en un cierto sentido. Realmente no "vemos" la bandera, sino los elementos materiales de que se compone y que, en virtud de un proceso simbólico bien evidente, significan la bandera. En otro lugar hemos señalado que, a los efectos instrumentales que interesan aquí, resulta útil servirse de una noción ya elaborada y conocida: la noción de "objeto cultural" (2).

(2) La determinación y formulación del concepto de "objeto cultural" arranca de la filosofía de los valores que es el terreno en que se mueven, por ejemplo, RICKERT, LASK y RADBRUCH. Se aspira no a descubrir un "nuevo tipo" de realidad, junto a la que llamaríamos "realidad natural", -que sería la "realidad cultural", sino "un nuevo punto de vista" desde el que puede apreciarse la realidad natural, a saber: aquél que consiste en referirla a valores determinados y en cuya virtud puede decirse de esa realidad que significa, que tiene sentido. Las ciencias de la cultura, -tales como el derecho- no estudiarían una realidad distinta de la "realidad". Considerarían a ésta como tal realidad, pero en cuanto significativa. Para RADBRUCH, en efecto, "la cultura es una realidad referida a valores" (Vid. un interesante esquema de éstas posiciones en Karl LARENZ, "La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado", Madrid, 1942, trad. esp. de E. GALAN GU TIERREZ y A. TRUYOL SERRA, págs. 89 sigtes. y 96 sigtes). La matización del concepto de "objeto cultural", con la ambición de construir un término oponible, de un lado, a las "realidades naturales" y de otro a la "realidad ideal" es obra de Carlos COSSIO, que elabora una construcción en que el concepto está integrado por características diferenciales perfectamente definidas. Para COSSIO, la diferencia fundamental entre los "objetos culturales" y los "ideales", está en que los primeros son una realidad, existen ahora y aquí de un modo efectivo, frente a la irrealdad de los segundos. "Considérese un martillo, una estatua, una plegaria, un adulterio; es

patente que la dualidad metafísica de esencia y existencia se conjuga separadamente en ellos: consisten y existen". Un adulterio no es sólo el concepto que enuncia un jurista. - Además de ser eso, existe como una realidad hasta el punto de que "... para que exista un adulterio nos es necesario - percibir ciertos hechos". Por el contrario, "...el concepto "agua ó el número 4: consisten en algo muy preciso, pero no existen en ninguna parte. Su realidad es irreal ó, más - propiamente, ideal". Recuerda COSSIO la frase de Julian MARIAS de que "la existencia de los objetos ideales se afota en su esencia". Si frente a los objetos ideales los objetos culturales se separan por su realidad, se distinguen a su vez de los objetos naturales en que la naturaleza es en sí misma neutra a todo valor. De un objeto cultural siempre - puede predicarse una cualidad valiosa: utilidad, belleza, justicia, caridad. De una estatua podemos predicar, de un - lado, su blancura; de otro, su belleza. Lo primero es "... una propiedad axiológica y lo otro una propiedad sensible". "...En cambio, ni la belleza de las orquídeas ni la crueldad de los tigres integran las propiedades botánicas ó zoológicas que el naturalista investiga en estos objetos en tanto que Naturaleza". De todo ello resulta que "...el objeto cultural consiste en la unidad de un substrato material sensorialmente perceptible en el mundo externo y de un sentido - espiritual emocionalmente comprensible por la personalidad" (vid. Carlos COSSIO, "Teoría de la verdad jurídica", Buenos Aires, 1954, p. 63 y sigtes). La condición vital del hombre consiste en "ver" significados en la realidad natural. La - realidad natural es convertible a conceptos, pero es vivida como símbolo, como objeto significante. CASSIRER ha destacado la "inmediatividad" de la respuesta de los animales, en relación con cualquier estímulo externo, frente al carácter "retardado" de la respuesta humana. Esta "demora", -originada por un "...proceso lento y complicado de pensamiento"- no es, sin embargo, una desventaja, aunque constituye una - especie de "reversión del orden natural". Pero en virtud de ella, el hombre no vive solamente "...en un puro universo - físico, sino en un "universo simbólico"... El hombre no puede enfrentarse ya con la realidad de un modo inmediato; no puede verla, como si dijéramos, cara a cara. La realidad física parece retroceder en la misma proporción que avanza la actividad simbólica del hombre. En lugar de tratar con las cosas mismas el hombre, en cierto sentido, conversa constantemente consigo mismo. Se ha envuelto en formas lingüísticas en imágenes artísticas, en símbolos míticos ó en ritos religiosos, en tal forma que no puede ver ó conocer nada sino a través de la interposición de este medio artificial. Su situación es la misma en la esfera teórica que en la práctica. Tampoco en ésta vive el hombre en un mundo de crudos hechos

En los objetos culturales no se trata de determinar lo que son, sino lo que significan; su ser consiste precisamente en su sentido (3). Entonces se aprecia lo absurdo que re

ó a tenor de sus necesidades y deseos inmediatos. Vive más bien en medio de emociones, esperanzas y temores, ilusiones y desilusiones imaginarias, en medio de sus fantasías y sus sueños"... De ahí que la razón"... es un término verdaderamente inadecuado para abarcar las formas de la vida cultural humana en toda su riqueza y diversidad. Pero todas éstas formas son formas simbólicas. Por lo tanto, en lugar de definir al hombre como un "animal racional" lo definiremos como un "animal simbólico" (Vid. Ernesto CASSIRER, "Antropología filosófica, Introducción a una filosofía de la cultura", México, 1945, trad. esp. de Eugenio IMAZ). Nada de esto hace surgir, con entidad propia, una realidad distinta de la realidad -permítasenos la frase-, aunque bien puede contraponerse a ella, en cuanto que existe un modo de aprehender y vivir -lo real, que consiste en referirlo a su propia esencia, y -otro modo de entenderlo y vivirlo, referido a sus valores, a su sentido y significado. Una mesa es una realidad que, desde un punto de vista natural, no podría definirse de ningún modo diciendo que es un mueble que sirve para comer, escribir, jugar u otros usos (que es la definición que da de éste objeto, por ejemplo, la Real Academia de la Lengua española) sino que habría de referirla a su consistencia material, a lo que es realmente como materia inanimada, Pero desde un punto de vista cultural, en cambio, este último tipo de definiciones es el que resultaría inadecuado. Desde este otro punto de vista, la mesa es, en efecto, un "mueble" (cuyo concepto se encuentra ya integrado por determinadas significaciones de lo natural), que "sirve para" determinados usos. Esos dos aspectos diferentes son los que trata de agudizar y subrayar la noción de "objeto cultural" que nos parece puede realizar una función instrumental interesante para las consideraciones en el fondo únicamente de naturaleza jurídica, que nos proponemos hacer a partir de éste momento.

(3) ZUBIRI señala, al razonar lo que acota como el ámbito -de lo esencial, que sólo las cosas reales, - entendidas como aquellas que una vez producidas actúan formalmente en virtud de las propiedades que poseen- puede considerarse como -la realidad natural, y sólo ellas pueden tener y tienen esencia. "De las "cosas-sentido" hay concepto, pero no esencia" (Vid. Xavier ZUBIRI, "sobre la esencia", p. 106 sigtes).

sulta separar el "sentido" por un lado y por otro, la "cosa" significativa, que es a lo que conduce tarde ó temprano la tésis de la inmaterialidad de la creación. Naturalmente que el sentido no se agota en la cosa: todos los trozos de tela de determinadas dimensiones en que los colores aparezcan combinados de una forma ya establecida, significan la bandera; y sin embargo, cada uno de ellos, son una cosa diferente. Identificar la creación intelectual con un ejemplar cualquiera - en que se manifieste no es, pues, admisible, porque equivale a confundir lo que es una cosa con lo que significa; pero ésta es una concepción en la que prácticamente no ha incurrido ninguna teoría. Y, sin embargo, por huir de tal confusión, se afirma una interpretación de la realidad que adolece de análogos efectos, aunque se desarrolle desde un punto de vista contrario. Para evitar toda confusión posible entre lo que es una cosa y lo que significa, se viene a afirmar que, a su vez, el significado es una cosa. Este es, a nuestro juicio, el error fundamental de la teoría de los "bienes inmateriales". En ella, la creación intelectual queda reducida a una idea, a una concepción, que además ha logrado materializarse y que, aun ejemplarizada, se conserva como efluvio incorpóreo, como ente transcendental. Este tratamiento origina en el fondo una "cosificación" de la creación, que obliga a someterla a la misma técnica de los "cuerpos". De este modo surge un tipo de derecho puramente estático, que no aprecia en la obra su valor de núcleo energético que proporciona posibilidades a la acción humana, sino que la contempla como ese "quid pasivo" que se limita a soportar facultades, al modo de un fondo ó un mueble. No es, pues, extraño que se hayan ganado compatibles y aún se complementen de manera tan gráfica la tésis del derecho sobre bienes inmateriales y la del derecho de propiedad: propiedad sobre un bien incorpóreo, en que la única matización que ha de introducirse afecta, no a la -

naturaleza del poder jurídico, sino a su flexión objetiva. Por si algo faltara, a puro de precisiones termina por enfrentárenos con el misterio: esa "cosa" apropiable, utilizable con la técnica de los "cuerpos" -que es el disfrute- es impalpable, ubicua, temporal, eterna.

Aunque parezca paradójico, una posición tal sitúa el objeto antes de llegar a él; se queda a mitad de camino en su identificación, toda vez que somete a esa realidad que es una creación intelectual, a un examen analítico destructivo en el que aísla, a puro de operaciones delicadísimas, ese elemento inseparable de la creación, que es su sentido. En la estatua no hay por un lado el mármol y por otro la -figura ideal que materializa; separar ambas cosas no es si no el resultado de una abstracción. La estatua es aquél -mármol concreto, con todas sus cualidades visibles, portadoras de su sentido escultórico. La creación es esa realidad material expresiva, a la que hay que atribuir -por sus proporciones y formas- la significación de una estatua. Es necesario subrayar, como en otro lugar indicábamos nosotros que una obra de arte es una realidad única que puede multiplicarse, sin que nos encontremos ante ningún misterio que deba ser declarado especialmente, cuando nos enfrentamos con las copias. Entonces lo que sucede es que una serie -de cosas diferentes significan lo mismo por alguna razón: esa razón consiste en que alguien imprimió una única vez un cierto significado a unos elementos sensibles concretos. Sólo una vez se creó "El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha", que fué cuando tradujo Cervantes a sonidos significativos las combinaciones de ideas y pensamientos que integran la obra inmortal. En este -como en cualquier otro ca-so- no hubo más que una creación única -valga la redundancia- constituida por los elementos sensibles que seleccionó el autor, representativos de ciertas combinaciones ideales.

Aunque parezca demasiado obvio, es preciso insistir en que lo que se denomina luego multiplicación de esta creación - única es un fenómeno reducible a pura repetición de unos elementos sensibles, que siempre que sean los mismos de que se sirvió Cervantes, merecerán idéntica interpretación, tendrán el mismo significado. El hecho de esta multiplicación no puede, pues, traducirse lícitamente como un fenómeno de propagación de un efluvio ideal, capaz de adoptar las más - variadas encarnaciones materiales: a lo menos tal concepción no contribuye a proporcionar ningún esclarecimiento a los - problemas jurídicos que tiene planteados la teoría.

Lo verdaderamente indescribible de la creación no es - nunca esa multiplicación de copias, que constituye un fenómeno obvio, sino su poder desencadenante de la significación que es por lo que la creación se presenta como la expresión de un espíritu individual. La significación se apoya siempre en un resorte que desencadena el proceso simbólico. En el caso de la "bandera", ese resorte es un dato puramente convencional: los hombres se han puesto de acuerdo en que ciertas cosas tengan un cierto significado; es decir, en que ciertas cosas equivalgan a otras, las sustituyan en lo esencial. Por este mismo proceso, el apoderado representa al mandante y - unos actos que son suyos, en cambio, significan actos de - otro, que es a los que sustituyen y llegan a equivaler. Significaciones derivadas del convenio social - tácito ó expreso - llenan nuestra vida, en la que constantemente se aprecia el valor subrogatorio y sustitutivo que otorgamos a una serie - de acciones, instituciones, conductas, y cosas de la más variada naturaleza. Todo ello, porque, como ha dicho CASSIRER, el hombre es un "animal simbólico" (4), es decir, es el único ser capaz de ver en una cosa no solo aquéllo que es, sino

(4) Vid. supra, nota.

lo que significa, es decir, lo que ella mismo no es. El poder taumatúrgico de la creación estriba en que aquí el factor desencadenante es la genialidad individual que ha sabido imprimir a unos elementos sensibles un cierto sentido artístico ó intelectual, que ya, por el mecanismo de otras - significaciones complementarias, cuantas veces se reproduzcan proporcionarán el conocimiento ó el gozo intelectual ó artístico de cuando la creación fueé forjada de una vez para siempre.

La doctrina, a puro de resaltar esa propiedad taumatúrgica, en virtud de la cual vé a la creación como "cosa inmaterial" que se propaga y fluye sobre la materia, deja en un plano secundario el verdadero fenómeno de la creación, que radica en el acto que infunde de un modo indeleble significación a la materia. Lo verdaderamente enigmático -pero desde luego metajurídico- es la "operación" en virtud de la - cual unos elementos sensibles se nos presentan como portadares materiales de una significación intelectual ó artística suscitando la admiración, el goce, la sensación de lo bello, la promoción de emociones, vivencias, imágenes, la comprensión de sistemas de verdades y conocimientos que se manifiestan como la expresión de un espíritu individual, forjados por una personalidad creadora, en una apariencia hasta tal punto objetiva, que siempre que sean percibidos los elementos sensibles significantes, se producirá eventualmente la misma situación de disfrute en el perceptor (5). No encierra ningún secreto que siempre que se produzcan los signos

(5) Decimos eventualmente, porque aquí nos movemos en el terreno de la aptitud objetiva de la creación para suscitar - idénticas emociones, vivencias, conocimientos y juicios en - la percepción de cualquier ejemplar; pero se dá por supuesto que, en cambio, no todos los actos cognoscitivos ni perceptivos llevan consigo identidad de juicios de vivencias, en razón a las diferencias que existen entre los distintos perceptores y aún a las que se manifiestan en cada momento en un mismo sujeto.

sensibles que representan unas determinadas ideas, es decir que siempre que leamos las mismas palabras, la percepción evoque precisamente esas ideas que suscitaba el "texto original" y no otras diferentes. Esto es consecuencia del mecanismo complementario de significaciones que se denominan "lenguaje", con el que ya cuenta el autor. Es en ese lenguaje en el que infunde el creador la significación intelectual determinada que constituye la esencia de su obra, que es la que prodigiosamente ha quedado implantada ya como un valor objetivo; con lo que se aprecia que lo que la creación tiene de esencialmente enigmático es algo que el derecho no puede considerar ni discernir y en nada estorba a una teoría jurídica: sus valores intelectuales, industriales ó estéticos.

El valor esencialmente tutelado al prohibir la multiplicación.

x.- Una vez logrado el trance creador, ya no es necesario crear otra vez para que sea posible ofrecer a los otros una creación intelectual ó artística ó una solución técnica en la plenitud de sus valores propios (6). Esto es

(6) Es interesante recordar aquí las observaciones de CASANOVA al respecto, pues aunque no nos parezca satisfactoria su concepción de éstos derechos como monopolios puros, por las razones que consignamos al tratar de éstas teorías en la II Parte, tienen un gran interés, en cuanto corroboran en este punto concreto la indicación que en el texto acabamos de hacer. En efecto, indica CASANOVA que la "reproductividad" de las obras de arte (entendida como la posibilidad de obtener nuevos ejemplares de la obra misma), tienen aquí una característica especial, diferente de la reproductividad de cualquier otra clase de "bienes artificiales", que consiste en que "... no hay alguna relación posible entre la extrema dificultad y el alto "costo" (entendida esta expresión en su acepción más propia y más amplia) de la crea-

precisamente lo que acerca la creación intelectual a los -
línderos de la protección jurídica y hace al derecho inter-
venir. El Derecho no puede contemplar la creación como rea-
lidad valiosa; para incorporarla a su sistema de límites -
carece de toda medida. El derecho se ocupa de la creación,
en cuanto realidad expresiva, y en cuanto posibilidad de re-
realidades futuras, que es en los dos aspectos en que pue-
de surgir un conflicto de intereses. En resumen, por tanto,
la creación intelectual para el derecho sólo representa va-
lores personales y patrimoniales, que son los que conjunta-
mente abarca el derecho de los creadores.

Suele decirse, cuando se alude de uno u otro modo a
cualquier actividad desleal de imitación ó copia, que su -
reprobación se funda en que constituye un aprovechamiento

ción originaria y la dificultad y el costo, inferior nor-
malmente en gran medida, de la "reproducción". El manuscrí-
to del científico ó del artista, es, ó puede ser, el fruto
inmediato ó mediato, de largos años de estudios originales
ó continuos ó de inspiración profunda. La copia transcrita
ó impresa será, en cambio, regularmente el fruto de la ca-
pacidad normal del copista ó del impresor, que reproducirá
fácilmente, en breve período de tiempo y en innumerables -
ejemplares, el libro concebido por el trabajo singular y -
fatigoso de su autor". (Vid. CASANOVA, "Le imprese commer-
ciali", p.653). La razón de ésta posibilidad de producir -
un ejemplar de la creación sin crear nuevamente se encuen-
tra en lo que tan agudamente señala el P. Oswaldo LIRA: La
diferencia esencial entre "artefacto" y "poema" está en -
que el primero es "...un individuo particular de una espe-
cie indefinidamente multiplicable, mientras que el poema -
por sí solo es ya una especie". El poema (como tal designa
el P. LIRA en general la obra estética, a la que, en un -
grado creativo y personal menor asimila las invenciones) -
no es una simple materialización de una finalidad abstrac-
ta, y ahí reside su irreductibilidad a ser tratado como -
simple obra mecánica, "la razón suprema de su imposibili-
dad de multiplicarse"... "Sus reproducciones, aunque por un
verdadero milagro dejasen a salvo su fisonomía orgánica,
entran en cuanto tales en la categoría de lo "fabricado",
pero él pertenece a otro mundo". (Vid. "La esencia de la -
poesía", ya cit., págs. 55 sigtes.).

indebido del trabajo de otro (7). La imitación de una marca, la apropiación de una obra, la usurpación de un invento, serían en realidad actos ilícitos -en el plano general de las fundamentaciones- porque representan un trabajo, de cuyos frutos otro quiere beneficiarse. Pero la imagen es demasiado imprecisa; incurre en la tésis de que en el fondo lo que se protege es el esfuerzo ó el trabajo del creador, lo que ha sido refutado ya. En definitiva, le falta el valor incisivo que ha de tener ésta verdad: que las actividades a que nos referimos son ilícitas porque en todas ellas un sujeto quiere presentar como creación propia lo que no es otra cosa que la simple actuación impersonal y objetiva de la norma incorporada a una creación ajena. No es un aprovechamiento del trabajo que invirtió otra persona lo que se reprueba al sancionar esa conducta con la ilicitud, pues tal afirmación constituiría un tópico de imposible verificación en tantos supuestos en los cuales el derecho considera admisible aprovecharse del trabajo ajeno. Lo que se prohíbe es extraer de una pura actividad ejecutiva el beneficio económico que corresponde a la creación de otro. Es que ya, para tener una creación no es necesario crear nada, que es lo que permite apreciar hasta qué punto la actividad de imitación ó copia prohibida consiste en la utilización y el disfrute de un bien ajeno que resulta usurpado a su verdadero titular. Eso hace ver también -digámoslo de pasada- la íntima unidad de naturaleza que enlaza a las creaciones intelectuales y artísticas, a las invenciones y a los signos de diferenciación mercantil.

(7) Vid. ad ex. TROLLER, en su estudio sobre la marca notoria, "Le marque de haute renommée". ("La PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE", 1953, p. 73 sigtes.) las posiciones que explican su protección sobre la base de la ilicitud del aprovechamiento del resultado del esfuerzo ajeno.

La relevancia de la "forma externa"

x.- La primera rectificación que es preciso introducir en la teoría de los derechos sobre creaciones intelectuales es, por tanto, que la obra intelectual es una realidad y no una pura idea, ni un contenido mental ni una abstracción. La obra es siempre un hecho, algo que acaeció un cierto día, un "quid" irremediable. Esta verdad, que es fundamental en cualquier ontología, es también elemental en la teoría jurídica. Por eso no se protege como creación intelectual sino la obra terminada. Y por eso también, la obra, la invención deben ser calificadas jurídicamente como "hechos materiales" (8). Su - significación como realidad acabada, como producto que ha - llegado ya a ser en su plenitud real es precisamente lo que dá patetismo a la obra, lo que la hace "creación". La obra - no es un resultado de renunciar a la posibilidad; ya no se - dará al lienzo una nueva pincelada, ni se adicionará un com-

(8) Cfr. ENGLERT, "L'invention faite par l'employé dans l'entreprise privée", Basilea, 1960, p. 18 sigtes., en que recuerda la distinción de VON TUHR entre "acciones materiales" y "actos jurídicos", entendiendo por aquéllas las acciones del hombre que persiguen producir una modificación en el mundo físico, a las que la ley atribuye efectos jurídicos no ligados a la manifestación de voluntad del - sujeto, sino al resultado exterior obtenido; de tal modo que el efecto jurídico atribuible a la acción es indepen- diente de la voluntad de causarlo. ENGLERT declara que la invención ha de ser conceptuada, no "como un acto jurídico sino como una acción material en el sentido indicado. (Acto jurídico, es, por el contrario, la solicitud de protec - ción).

pás a la melodía, ni un capítulo al libro. Ya, la posibilidad no será más que un término de comparación, un elemento de contraste: la obra podía haber sido aquello otro, pero es ya esto. Esa renuncia a la posibilidad es el trance más difícil del creador, lo que le sitúa siempre ante la eventualidad de no haber conseguido del todo la obra, de haberse malogrado a sí mismo, al renunciar a agotar en ella lo que "podía ser" (9); y es lo que diferencia esencialmente al creador del pensador, del ideador, del proyectista. En otro lugar hemos indicado que pensar no es en sí mismo crear sino realizar una función vital humana tan imprescindible como respirar ó alimentarse (10). Crear es producir una realidad que sea nuestro homologado; es siempre forjar un "quid externus" que nos exprese. De ahí que lo creado no sea nunca una idea, una concepción. Nada de eso son creaciones, sino contenidos mentales. Para crear hay que convertir la personalidad en un resultado objetivo. La creación no es "una idea" que queda plasmada en un libro para permitir que la idea sea gozada por los lectores (11); no es un "quid in mente retentum" que además se exterioriza en una representación material (12)

(9) Esto es lo que subraya en la obra su condición de objeto cultural y no mera idea.

(10) La idea la ha razonado brillantemente ORTEGA, como es sabido.

(11) Constituyen "obras del ingenio" las obras (es decir - las ideas) científicas, literarias, musicales, figurativas, arquitectónicas, teatrales ó cinematográficas... "No es preciso confundir la obra literaria, que es una idea, esto es, una creación del espíritu, con el libro que aparece impreso para permitir que la idea sea gozada por los lectores..." - (Vid. Giuseppe AULETTA. "Elementi di Diritto Commerciale", Milán, 1955, p. 24).

(12) La expresión es, como ya se indicó en otro lugar, de ASCARELLI. En sí misma alude a la necesidad de la exteriorización material de la obra para que exista como protegible,

ni un "pensamiento transfundido en una forma determinada" - (13). La encarnación material, la determinación formal, no son elementos adicionales de la creación, sino verdaderos requisitos ontológicos; sin ellos, no es que la creación pueda ó no ser disfrutada ó percibida; es que no existe, es que no hay creación aún.

que es un principio general en que coincide por lo demás la doctrina; pero incluye necesariamente una referencia a que tal exteriorización sea un requisito añadido y extrínseco a la creación, que no nos parece reflejar debidamente el carácter de la misma, para cuyo logro el autor utiliza ideas, sentimientos, emociones, vivencias, todo un contenido que en gran parte puede ser ideal, pero que esencialmente ha de ser "traducido", ha de quedar "plasmado" en ese resultado material, que constituye una operación creativa y no meramente adicional ó comunicativa. Esto es esencialmente lo que quiere ponderarse en el texto al que se refiere esta nota.

(13) "Obras del ingenio" son las que... "presentan los caracteres indisolubles y simultáneos de la "creatividad" y de la "representatividad" (pensamiento transfundido en forma determinada) en las que el presupuesto de la tutela es siempre la existencia de una creación intelectual..." (Vid. CIAMPI, "Diritto di autore, diritto naturale" ya cit., p. 43). La admisión de ésta fórmula requeriría acentuar la importancia que en lo verdaderamente creativo de la obra posee el elemento expresivo mismo, que es el forjador de la obra, en la que lo demás no pasa de ser su contenido propio. Pensar el Quijote no es crear nada. Crear es escribir el Quijote. Esto es lo que queremos subrayar en nuestras consideraciones y nos parece esencial para una teoría de éstos derechos. CIAMPI lo ha visto así también en el fondo, al remitirse a las observaciones de Antonio SCIALOJA, en el informe al Senado al presentar el proyecto de ley de 1865, en que destacaba que una obra "...no puede tomar una forma intelectual cierta y determinada, sino cuando ésta forma tenga un homólogo sensible ó auditivo cualquiera, que la presente al autor separada de sí mismo, como cosa externa, y a los otros, como su pensamiento exteriorizado" (Vid. CIAMPI, op. cit., págs. 44-45). Continúa SCIALOJA, en la cita de CIAMPI, que esos dos momentos del "pensamiento formado" y del "pensamiento expresado" no son fácilmente separables, el uno del otro, en cuanto que "...la forma que completa la concepción de la mente y le proporciona cuerpo y registro exterior ("riscontrol esterno"),

La determinación formal no es un accidente de la creación; es precisamente en lo que consiste, en lo que estriba; decir determinación es decir perfección. El carácter personal de la obra se lo atribuye el hecho de que en ella la materia recibe la forma de un yo determinado (14). Se deduce de aquí que la propia teoría jurídica tiene que contar con una segunda rectificación de sus conclusiones clásicas: la forma de la creación no es sólo la mejor que puede llegar a tener; es además la única forma que tiene (15). La creación no tiene formas múltiples; posee una forma única. La teoría de las formas, arbitrada como recurso para la delimitación del objeto protegido, es más un expediente jurídico que una aportación ontológica. Desde el punto de vista de su realidad la que denomina "forma externa" no es un elemento fungible de la creación, en función de las posibles correspondencias ó versiones de que sería capaz ese otro núcleo íntimo que se llama "forma interna". La teoría ha pretendido resolver al -

no es otra que la manifestación sensible de la forma interna del pensamiento. Y bajo este aspecto, es una verdadera "producción", porque es un medio a través del cual el pensamiento se convierte en un hecho y se traduce en un objeto útil ó agradable a los otros". (Vid. la op. cit. de CIAMPI, p. 45). Haríamos nuestra ésta frase sin vacilación. El contenido de la obra se agolpa siempre en la mente ó en la imaginación del creador, como un gran acopio de materiales. Todos éstos elementos (ideas, sentimientos, impresiones, etc.) pueden ser provisora y previamente enlazados, ordenados y dispuestos de modo mental; pero eso no es la obra ni es la creación, sino una frase inicial de ella, que puede perfectamente no ser superada. Crear es escribir ó pintar ó esculpir ó entonar. Todo lo demás no son sino fases internas constitutivas del proceso creativo, momentos psicológicos, acopio de materiales, establecimiento de la tensión precisa, filtro interno que selecciona lo que ha de ser después la creación.

(14) Vid. P. LIRA, op. cit. p. 18.

(15) Se recordará la frase de TROLLER, ya cit. en otro lugar: "Die dem Werk vom Autor selber gegebene Sprachform ist die vollendteste Wiedergabe des Werkes und zugleich seine beste Form" (Vid. op. cit., I, p. 379).

mismo tiempo los problemas de la caracterización ontológica de la creación y los de determinación del ámbito de la protección jurídica con la teoría de las "formas". Se nos ha venido expresando la esencia de la creación con alusiones a un proceso creativo, tal y como lo describe el análisis: primero se tiene una idea, ó unos sentimientos y emociones, ó unas vivencias determinadas, ó una combinación narrativa ó argumento, en definitiva, unos materiales, que van a constituir el "contenido" de la creación; después se logra integrar ese mundo informe en una combinación formal íntima, que es la que, dotada de un sello de individualidad, se denomina "forma interna"; finalmente, ese núcleo esencial se traduce a una versión expresiva determinada, pero accidental, que es la "forma externa" que permite ya aprehender ó percibir la creación. En correspondencia con éstas fases ó capas a que el análisis reduce la creación, el derecho tomó actitud frente a ellas para delimitar el ámbito de lo protegido. El "contenido" de la obra no es protegible; lo tutelado esencialmente es su núcleo expresivo central, es decir, la "forma interna" de la que la exteriorización sensible elegida por el autor ó "forma externa", es sólo una manifestación ocasional, que aparece protegida en cuanto versión concreta de ese otro núcleo íntimo. De este modo, cree encontrarse ya la explicación ontológica del hecho de que el autor se encuentra protegido cuando su obra ha sido modificada por otro en su aspecto exterior, mediante actos imitativos que no atentan a su "forma externa", pero en los que puede reconocerse un atentado a su núcleo esencial, a la "forma interna" que la define (así en la traducción, adaptación, reelaboración no creativa y todas las diferentes modalidades del plagio). En esos casos, se está jurídicamente en presencia de usurpaciones, porque, si es cierto que el resultado que obtiene el usurpador se diferencia ostensiblemente de la -

"forma externa" de la obra, sin embargo, se exhibe como una de las posibles otras "formas externas" que la obra original pudo tener, es decir, se manifiesta en definitiva como una versión de la "forma interna" que caracteriza a la obra copiada.

No repudiaremos ninguno de éstos expedientes conceptuales, en cuanto sirvan a acumular precisiones jurídicas en la determinación del ámbito de lo protegible. Un recurso intelectual, un método determinado, vale igual que cualquier otro si demuestra su eficacia interpretativa y su función técnica, es decir, auxiliar. Ese mismo es el valor de la denominada "teoría de los equivalentes" formulada por KOHLER. Tampoco incurriremos en el error de afirmar que los valores intelectuales, industriales ó estéticos de la obra están vinculados de tal modo a la "forma externa" dada por el autor, que se esfuman si no se transmiten a cualquier otra de sus posibles versiones. Evidentemente, la "forma externa", tiene un carácter representativo de lo que en la creación hay de esencial; y la relación en que tales datos externos se encuentran con el núcleo creativo y valorable de la obra constituye un problema que a veces ha de dilucidar el derecho. Pero lo que es evidente es que la "forma externa" no es un dato accesorio de la creación, ni una envoltura fungible; por el contrario, constituye su determinación propia, aquello por lo que es real y no la simple exteriorización de una idea ó un proyecto. Es lo que ha sabido hacer un autor.

Lo que sucede es que eso que hizo el autor es una de las cosas que pudo hacer; y que con lo que hizo, otro puede hacer otra cosa. La creación es una realidad; y como tal apunta todas las otras realidades que ella no fué; porque no hay otro modo de entender racionalmente la realidad que como una posibilidad que ha resultado confirmada; que, en efecto, ha

advenido. Lo que al derecho interesa esencialmente entonces es determinar hasta qué punto las otras alternativas posibles de esa realidad que es la creación serán ó no protegidas como obra del autor mismo, precisando la relación que las une con ella. El derecho necesita acudir a criterios más ó menos mecánicos y apoyarse para ello en la defensa de la determinación formal exterior. Así es como puede describirse un rasgo de la creación que posee extraordinaria importancia y que creemos no ha sido suficientemente valorado: su estructura esencialmente normativa.

Al llegar a este punto, resulta necesario completar las indicaciones hechas hasta aquí, mediante la determinación de un concepto instrumental de creación espiritual, que sirva a nuestro propósito.

CAPITULO II

NOCION DESCRIPTIVA DE LAS CREACIONES ESPIRITUALES

Primera aproximación a su concepto

x.- Nos proponemos un concepto descriptivo de "creación espiritual". No se trata de fijar su noción en un sentido lato. En esa acepción, el resultado de cualquier actividad humana podría ser considerado como una creación espiritual. El hombre, por el solo hecho de vivir, crea constantemente. Desde ese punto de vista, deberíamos llamar creaciones a los fenómenos que se producen en su interior en forma de pensamientos, deseos, vivencias, imágenes; y lo sería igualmente su conducta. Sin embargo, no es de este tipo de realidades de las que hablamos.

Cuando nos referimos a las "creaciones espirituales" en sentido específico y propio, aludimos a una modalidad creativa muy peculiar, que presupone una verdadera pugna entre el mundo íntimo del hombre y la realidad exterior. De ella es de la que nace la "obra", en la cual lo mismo ese mundo íntimo -que es el elemento pugnante- que la realidad externa -que se resiste a ser penetrada y conformada- son meros ingredientes. La creación no está en ninguno de esos dos polos sino que se encuentra en lo que el hombre ha podido lograr finalmente en tal empeño: en esa entidad objetiva y autónoma.

Se ha afirmado que el tratamiento de la materia es un hecho técnico y que la verdadera creación se produce en lo interior del hombre (16). Pero éstas son consideraciones de valor que olvidan que la creación espiritual propiamente dicha no es otra cosa que la solución dada por un sujeto al problema de someter su personalidad a la prueba de manifestarse en entidades objetivas.

En resumen: el hombre, además de vivir, de imaginar, de pensar y de comportarse, a veces hace algo a lo que dedicamos el nombre de "creación espiritual", de obra. Y ese algo que hace es combinar realidades físicas, infundiéndoles un determinado sentido de un modo tan indeleble, que logra -- transformarlas en unidades de significación, vinculadas obje-

(16) Así, CASSIRER alude a la teoría de la estética de CROCE, para quien "lo único que importa es la intuición del artista y no la encarnación de ésta intuición en un material especial. El material tiene una importancia técnica pero no estética". Añade CASSIRER que CROCE subraya el carácter exclusivamente espiritual de la obra de arte, "pero en su teoría toda la energía espiritual se contiene y se gasta en la formación de la intuición. Cuando se ha terminado éste se ha acabado la creación artística. Lo que sigue no es más que una reproducción externa, necesaria para la comunicación de la intuición, pero que nada significa con respecto a su esen-

tivamente a unos ciertos elementos sensibles, al servicio de su personalidad.

Las creaciones espiritualesm como combinaciones ideales de elementos sensibles.

x.- Las creaciones espirituales son, pues, ante todo, "combinaciones ideales de elementos sensibles". La combinación es siempre "ideal"; pero siempre es "sensible y material" lo combinado. Se trata de concepciones sobre las condiciones a cumplir por una materia ó energía. Esa realidad física seleccionada, ordenada y dispuesta de una determinada forma según la combinación ideal, consistirá en palabras, representativas de ideas y conceptos, en la obra literaria ó científica; en líneas, trazos, figuras ó colores, aduciendo una cierta disposición, en las creaciones pictóricas; en sonidos integrando una serie especial, en las obras musicales; en masas y cuerpos guardando una determinada proporción, en la escultura; en imágenes sucesivas, fijadas por un procedimiento objetivo de reproducción de la realidad, en la cinematografía; en elementos sensibles que actúan causando ciertos efectos de acuerdo con las leyes naturales, en la invención; en palabras, figuras ó trazos con una conformación inconfundible como "señales", en el signo mercantil.

a) Esta condición se verifica, pues, en todas las modalidades que consideremos, sin que sea una excepción el caso de las obras literarias, en que existe la propensión a estimar que en ellas lo seleccionado y ordenado son pensamientos

cia". Y termina CASSIRER: "Pero es lo cierto que para un gran pintor, para un gran músicoⁿ ó un gran poeta, los colores, las líneas, los ritmos, las palabras no son únicamente una parte de su aspecto técnico, sino factores necesarios del proceso creador mismo" (Vid. Ernesto CASSIRER, "Antropología filosófica", ya cit., pág. 262).

imágenes, representaciones de sentimientos, es decir, algo meramente ideal y no material ni físico. Al juzgar así se olvida que ese contenido ideal queda delimitado y precisado y adquiere la forma que lo identifica como la creación de un autor, a través de un elemento físico insustituible, que es la palabra. En la obra literaria - no sólo en las de carácter estético sino también en las de naturaleza didáctica ó científica- no aparecen ordenadas directamente ideas ó pensamientos; lo són únicamente a través de la elección y combinación de las palabras que los aluden, es decir mediante la ordenación de sonidos, de realidades materiales (17). Esas palabras poseerán un valor más ó menos fungible, según el tipo de obra de que se trate. Su función expresiva será insustituible, por ejemplo, en el poema, que la mejor traducción no conseguirá transmitir en la plenitud de sus valores formales; mientras que, en cambio, admitirá versiones y series sinónimas en la obra didáctica; pero en uno y otro caso, se constituirán siempre como el "medio expresivo" responsable de la identificación de la creación y la selección y ordenación concebida por el autor es la que acotará siempre su sentido intelectual. Es que la determinación formal de esos elementos sensibles que son las palabras es lo que define el pensamiento expresado, que sólo de éste modo -es decir, colocado en ese trance de precisión verbal- logra quedar extraído de la zona de lo indeterminado y se manifiesta como la individualización de lo que podría ser común, de lo perteneciente a todos.

La creación espiritual requiere, pues, siempre, en mayor ó menos medida, el contacto directo con unos materiales

(17) No será inoportuno recordar aquí la frase de MALLARME que reproduce y hace suya CASSIRER: "La poesía no está escrita con ideas, está escrita con palabras" (Vid. E. CASSIRER, op. cit., pág. 264).

con unos elementos sensibles, que se denominan "medios expresivos" porque, en efecto, realizan una función instrumental y representativa indispensable.

En esta verdad se asienta el axioma doctrinal de que la creación espiritual, para existir como una entidad exterior al sujeto y ser protegible, necesita encarnarse materialmente en una realidad física perceptible por los sentidos. La realidad material ordenada ó combinada conforme había ideado el autor cumple una función, ya constitutiva, ya ilustrativa bien confirmatoria, según los tipos de creaciones, pero siempre necesaria para la existencia de la creación, que es esencialmente el resultado de una pugna entre la personalidad del autor, que quiere manifestarse en entidades objetivas, y la realidad material, como obstáculo que es preciso superar para conseguirlo.

b). De este modo, en toda creación hay que separar -des de el punto de vista del análisis- dos elementos diversos: la combinación ideal propiamente dicha ("corpus mysticum") y la realidad física ordenada ó constituida efectivamente de acuerdo con lo que la combinación ideal prescribe ("corpus mechanicum").

El "corpus mysticum" es una entidad puramente ideal; es la combinación en sí misma; pero la combinación ideal de -- unas realidades sensibles. A su vez, el "corpus mechanicum" es una entidad material; pero una entidad material ordenada y conformada tal y como prescribe la combinación ideal. Se aprecia, por tanto, que la creación espiritual participa de estos dos ingredientes, en desigual medida según su tipo y carácter: idealidad y realidad. De ahí surgen una serie de problemas, todos ellos centrados en torno a la relación que se establece, en cada caso, entre la combinación ideal y la

realidad ejemplarizante.

Hay creaciones en que la realidad parece como pesar más fuertemente que la idealidad. Así, la pintura. Otras, en que realidad e idealidad se encuentran como equivalentes y con - trapesadas. Tal ocurre en las obras literarias y en las musi - cales. Otras, en fin, en que la idealidad parece prevalecer sobre la realidad, como en la invención. Todo ello demuestra la necesidad de que la disciplina de la materia y la propia teoría jurídica se desenvuelvan a través de una verdadera ti - pología de las creaciones espirituales, sin perder por ello su unidad esencial.

c). En este primer aspecto, es decir, considerada la crea - ción como una "combinación ideal de elementos sensibles", la creación espiritual es únicamente y tan sólo un "resultado - personal", un acto de manifestación del sujeto, consumado me - diante la conformación y ordeñación de la materia. En este - sentido, la creación espiritual ha de ser considerada como - esa renuncia a la posibilidad de que ya hemos hablado antes. Esa renuncia a lo que aún era posible es lo que diferencia - esencialmente al proyectista del creador.

Las creaciones espirituales, como combinaciones ideales dotadas de valor.

x.- En segundo lugar, las creaciones espirituales son combinaciones ideales de elementos sensibles, dotadas de va - lor. Quiere decirse con ello que la combinación no es nada por sí misma, sino por el sentido que mediante ella ha logra - do infundir el autor a las realidades físicas conformadas de acuerdo con lo que la combinación prescribe. La verificación de ese sentido conduce a la captación del valor.

Las creaciones espirituales son "objetos culturales", -

según el concepto acuñado por RADBRUCH; es decir, entes cuya esencia no queda determinada por lo que son, sino por lo que valen; objetos que necesitan ser estimados en relación a un tipo de valor determinado que pretenden realizar: la belleza la verdad ó la utilidad.

a). Cada tipo de creación espiritual aspira a realizar su valor propio, imponiendo a los elementos sensibles un sentido determinado. A este respecto, las creaciones espirituales podrían dividirse en tres grandes grupos: creaciones formales, creaciones intelectuales y creaciones teleológicas, - según el tipo de sentido aduciendo el cual se descubre su valor cultural (18).

(18) A lo largo de estas páginas se hablará de una serie de sectores de la significación ó direcciones del sentido, constituidas por las distintas modalidades que puede adoptar una estimación axiológica de la realidad natural, que la refiera a grupos de valores diversos. A estos efectos, tomamos con carácter instrumental la clasificación de Walter BLUMENFELD, en su obrita "Sentido y sin sentido", llena de interés y sugerencias (Buenos Aires, 1949, trad. esp. de César GONGORA - PEREA). Distingue BLUMENFELD un sentido "semántico", que consiste en la coordinación entre signos y objetos, en virtud de la cual, la palabra, por ejemplo, menciona al objeto al que se refiere, que es lo que constituye su sentido ó signifificado. Al lado del sentido "semántico", menciona BLUMENFELD el sentido "téllico" ó final, que amplía el sentido semántico en cuanto que en éste la realidad natural tiene un signifificado inmanente (el que le corresponde a la palabra en el lenguaje, por ejemplo), pero al mismo tiempo incorpora un propósito de comunicación, de ser entendido y de que tal entendimiento conduzca a ciertos comportamientos ó acciones. Si se deja reducida la realidad natural a su significación puramente semántica, exclusivamente coordinadora entre signo y objeto, y se aísla en ella y se separa como otro sector significativo más el del propósito de dar a conocer algo para un fín, tendremos el sentido "téllico" ó final, que descubre que algo es medio para otra cosa, que es un fín. En tercer lugar estudia BLUMENFERL el sentido "eídico" ó sentido de la forma cuya apreciación supone siempre una relación de todo ó parte y en esa relación, lo que constituye esencialmente el sentido eídico, es la proporción que existe entre ambos. Habla -

La pintura, la escultura y la música realizan un valor formal, suscitado por la proporción que existe entre las - parte y el todo; las obras literarias y científicas, un valor intelectual, constituido por conceptos, imágenes y representaciones aludidos por palabras. Las creaciones industriales y mercantiles realizan valores teleológicos, en cuanto que la creación consiste en combinar una realidad física que resulta valiosa puesta en relación con el servicio a un fin determinado. Es lo que sucede con la invención, con el dibujo ó el modelo industrial y con la marca.

En esta segunda acepción, ya la creación, como se vé, no es sóloamente el acto realizado por un hombre; un "hecho personal" suyo. Es además una realidad valiosa para todos - aquellos otros que estimen los valores que el resultado de esa actividad personal porta en sí. La creación espiritual, en este segundo sentido no es cosa de un solo sujeto: el autor; es también cosa que puede afectar a otros sujetos, a todos los que pretendan captar y verificar esos valores. Ya no estamos únicamente frente a la realidad vital de un hombre, obtenida personalmente mediante la renuncia a la posibilidad. Ahora esa realidad puede transformarse en la posi-

aún BLUMENFELD de sentido y sinsentido lógicos (de fundamentación) y de sentido y sinsentido de motivación. Ya se comprende que las palabras, en cuanto sonidos ó rasgos (como - dice Bertrand RUSSELL, en la "Investigación sobre el significado y la verdad", Buenos Aires, 1946, trad. esp. de José ROVIRA ARMENGOL, p. 27, las palabras son de cuatro clases: habladas, oídas, escritas y leídas), constituyen una realidad natural de sentido semántico; las obras musicales y también las pictóricas poseen un sentido eidico o formal; los objetos producidos conforme a la norma inventiva manifiestan una significación télica ó final, en cuanto que su sentido estriba en el fin que cumplen; mientras que el que llama BLUMENFELD sentido de fundamentación, y que bien podría denominarse de valoración ó estimación, es el que corresponde a los signos mercantiles, referidos al juicio público y al nivel de atracción que incorporan.

bilidad vital de otros hombres, en la pretensión de aprehender y gozar los valores espirituales de la creación, que en las creaciones formales e intelectuales estriban en el sentimiento de la verdad ó de la belleza; y en las creaciones teleológicas, estriban en la estimación de la utilidad.

a). El mecanismo de la aprehensión de esos valores parte siempre, bien de la percepción sensible, bien de la apli-
cación a un fin de la realidad física ordenada. Aquí ya, el campo de las creaciones espirituales se bifurca.

Hay, en efecto, un tipo de creaciones (las que protege la propiedad intelectual), para la captación de cuyos valores sólo se necesita percibir con los sentidos la realidad material en que ha encarnado la creación, como presupuesto de la operación estimativa. Basta ver un cuadro, leer un libro, oir una sinfonía, para captar los valores intelectuales y estéticos que la creación entraña.

Otras creaciones, en cambio (todas las que protege la propiedad industrial) exigen, para la verificación de su valor (su utilidad industrial ó mercantil) que la realidad física en que encarna la creación sea aplicada a un fin determinado, mediante una actividad humana de "utilización". Es preciso usar la máquina inventada, en la producción de bienes; dedicarse a fabricar y vender el modelo industrial, constituyéndolo en el objeto de una explotación mercantil; utilizar en su función distintiva la marca, como industrial, ó comerciante, para verificar de ese modo sus respectivos valores industriales, y mercantiles.

Claro está que, aún en este segundo grupo de creaciones tales valores pueden ser objeto de un juicio de estimación autónomo; pero es siempre refiriéndolo a una eventual actividad de destinar la realidad física a un fin determinado.

Resulta, pues, que, en términos generales, la teoría de las creaciones espirituales se diversifica, por la propia naturaleza de los valores a los que hay que referirlas, en dos sectores perfectamente diferenciados y distintos: el sector de la "comprensión" del valor y el sector de la "obtención" del valor; el sector de la "gratuidad" y el de la "finalidad". En el primer sector (el de la propiedad intelectual), los valores son más nobles y fluyen del conocimiento de la creación directamente. Su verificación es simple apreciación mera estimativa, por lo que sólo requieren en el sujeto que los capta una actitud de recepción, una posición pasiva. En el segundo sector (el de la propiedad industrial), los valores han de ser verificados mediante una actividad complementaria de consecución de fines, de producción de cosas futuras. Son valores en cierto modo degradados, incompletos, cuya apreciación se desenvuelve en un juicio autónomo de estimación, pero referible siempre a una posterior actitud de colaboración, a una posición activa.

Cuando hablamos de "gratuidad" y "finalidad" hay que referir éstos términos a la naturaleza misma del valor que dá a la creación sentido. No es que un cuadro no pueda destinarse a adornar un salón, es decir, a cumplir un fin determinado, con lo que verificaremos en el objeto un valor obtenido mediante una actitud activa. Pero esa aplicación aduce una utilidad adicional, extraña al valor del cuadro como creación estética, que seguirá siendo verificable sólo con la percepción sensible de su realidad. En cambio, en la invención, por ejemplo, lo valioso, en cuanto tal invención, es precisamente el hecho de que satisface -con la novedad y ventaja que constituye su carácter creativo- una determinada finalidad. La invención no es sino la solución dada a un problema técnico determinado. Por su propia naturaleza es, pues, un medio para algo y en eso es en lo que radica su va

lor. El designio finalista no es un dato adicional, sino un elemento constitutivo de su significación misma, en cuanto "objeto cultural". Lo mismo ocurre con el dibujo ó el modelo industrial, considerados como un producto que ha de fabricarse.

Y lo mismo sucede con la marca, en que la combinación de la realidad física tiene por sí misma el destino de identificar, diferenciar, distinguir, es decir, el de satisfacer una finalidad.

Sin embargo, aún desde el ángulo del valor, entre éstos tres objetos de la propiedad industrial (todos los cuales sólo adquieren sentido en una aplicación finalista), existen diferencias que requieren ser apuntadas. Así, en la invención la finalidad es consustancial en cuanto que un invento es, por definición, como hemos dicho, un medio para resolver un problema técnico determinado. Un dibujo ó un modelo industrial no se encuentran ya en el mismo caso. La finalidad les es consustancial, pero sólo en cuanto objetos de la propiedad industrial; en cambio, intrínsecamente, (sin darles aplicación alguna) pueden aducir también valores "gratuitos", valores estéticos ó intelectuales. Y, en fin, en una marca la finalidad no es consustancial al objeto. Cabe idear un conjunto de palabras ó trazos, que, sin embargo, no se destinen a distinguir. Pero entonces lo que sucede es que el objeto no vale nada.

Resumiremos este rasgo diferencial (entre los tres tipos de objetos de la propiedad industrial, en cuanto creaciones), diciendo que en la invención la finalidad es consustancial a la vez a su condición de objeto y a su condición de valioso; en el modelo ó dibujo industrial, la finalidad no es consustancial ni al objeto en sí, ni a su valor

sino a una de sus acepciones posibles (que es precisamente la acepción en que la propiedad industrial los protege); en la marca, en fin, la finalidad no es consustancial al objeto, que sigue siendo el que era aún sin ella; pero lo es a su valor, pues sin referir el objeto a su finalidad, se torna insignificante, no vale nada.

c). Todo esto hace, en fin, que, dentro de otro género de valoraciones, las creaciones de la propiedad intelectual posean un sello personal más acusado, que las de la propiedad industrial. La razón está en que las primeras se mueven en el terreno de una "gratuidad" absoluta". No aspiran a nada (juzgando la cuestión desde el punto de vista de su propia naturaleza), sino únicamente a que el autor exprese su personalidad directamente. Cualquier otra consideración (el afán de gloria ó dinero ó los móviles y aún propósitos subjetivos del autor) no altera esa condición esencial. La única norma de la creación, en cuanto tal, es la personalidad del creador (que es por lo que la utilización aprendida de un estilo, una técnica, un método academicista ó la práctica de una imitación, que eviten la aplicación de la personalidad como norma, son ingredientes no creativos en sí mismos). En cambio, en las creaciones de la propiedad industrial la personalidad se encuentra, por la naturaleza de la obra, subordinada a un fin, que es una entidad extraña al sujeto; y, por consiguiente, el valor personal de éstas creaciones ya no se radica en una proyección pura de la personalidad, sino en la forma personal de concebir ó de aplicar el medio. El inventor refleja su personalidad enfrentado con una limitación previa -y extrínseca-, que es el designio de resolver un problema determinado. El ideador del dibujo ó del modelo industrial está mediatizado por la necesidad -también extrínseca- de lograr un producto atractivo para la industria ó el comercio. El adoptante de una marca,

por su esfuerzo por incorporar al signo valores mercantiles efectivos.

Las de la propiedad industrial son creaciones espirituales, pero desde un punto de vista personal, creaciones menos puras, creaciones degradadas.

Las creaciones espirituales, como "expresiones formales" modélicas ó como "prototipos normativos expresos".

x.- Y, en tercer lugar, la creación espiritual proporciona una "norma de acción", actuable objetiva e impersonalmente.

La aptitud normativa de la creación espiritual resulta de la posibilidad de que cualquiera aplique la combinación creadora a otros elementos sensibles diferentes, logrando - con ellos constituir una nueva, pero idéntica "unidad de significaciones".

Si en su primera acepción (es decir, como combinación ideal de elementos sensibles) la creación espiritual es sólo un "hecho personal", algo que acaeció a un hombre; y, en la segunda (es decir, como objeto cultural), pasaba a ser, ya no sólo el resultado de la actividad de un hombre, sino también la posibilidad para otros hombres de llevar a cabo una actividad de disfrute ó utilización, la creación espiritual, en cuanto "pauta" ó "receta" se independiza de su autor de una manera total y se convierte en un puro medio para la actuación lucrativa de otros hombres. En esta tercera acepción, para el derecho no es relevante que "este libro" sea la obra personal de un autor; ni siquiera que se constituya como una creación valiosa; el fenómeno que le importa y que tiene que regular el derecho es que "este libro pueden ser mil libros", sin que el que lo convierta en ese número

ro haya tenido que hacer otra cosa para ello que imponer a unos elementos materiales las prescripciones, ya implícitas en el "modelo", ya enunciadas expresamente por el "prototipo normativo" de la creación.

En esta tercera acepción, por lo tanto, el estudio de la creación espiritual ha de detenerse en la propia "combinación creadora".

a). A estos efectos, se observa que en la creación espiritual se descubren dos momentos distintos, desde el punto de vista del análisis: el momento de la formulación de la combinación creadora y el momento de su aplicación a la realidad material.

El momento de la formulación de la combinación creadora representa lo más excelso que la creación espiritual tiene; y exhibe a la vez su cariz normativo. El autor es un preceptor. Dicta a la materia una orden; dice cómo vá a ser. Pero la materia por sí misma es inerte. No se conforma a una orden pura. Es preciso que lo que prescribe ese autor se realice en efecto, haciendo surgir la realidad física enunciada. Este es el momento de la aplicación de la combinación creadora a la realidad material.

b). Pues bien: hay creaciones en que los dos momentos (el de la formulación y el de la aplicación de la combinación creadora) son totalmente inseparables y forman parte, en mayor ó menor medida, del proceso creativo. Esto sucede en las creaciones espirituales protegidas por la "propiedad intelectual". Para la "propiedad intelectual", autor es el que al mismo tiempo idea la combinación creadora y la impone por sí mismo a la realidad material; ó, como declara con gran acierto el Reglamento de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, el que "concibe y realiza" la obra. El pintor no -

puede limitarse a "idear" cómo será su lienzo, delegando luego en otra persona la ejecución de su concepción: es él mismo quien ha de pintarlo. El escritor, para llegar a ser un autor, no puede reducirse a ordenar idealmente contenidos intelectuales para luego, transmitida su idea, encargar a otra persona que la plasme en series de palabras: ha de expresar él mismo esas ideas mediante una elección y una ordenación personal de las palabras que las delimitan y aluden.

Se deduce de aquí que en esta clase de obras, el creador, no sólo ha de concebir el "corpus mysticum", sino que además ha de constituir personalmente el "corpus mechanicum" de la creación; es decir, ha de aportar él mismo la realidad física que resulta de la primera aplicación de la combinación creadora. En éstas creaciones, el autor tiene que proporcionar la realidad sensible ordenada, y no únicamente la combinación ordenadora. El creador -que es siempre un preceptor- aquí podríamos decir que es además un preceptor de sí mismo; y no tiene otro modo de prescribir la realidad material, que aportándola, constituyéndola él. En este tipo de obras, por tanto, el conocimiento de cuál es la combinación creadora aplicable, sólo puede obtenerse mediante la percepción sensible de la realidad física combinada por el propio autor; ya que esa combinación ideal no admite ser formulada mediante un enunciado expreso de condiciones, sino que sólo puede ser patentizada, como un dato ideal, por la propia realidad física que constituye su aplicación.

De aquí que en este tipo de creaciones existe siempre un "ejemplar original", que es de dónde ha de tomar el tercero el dato implícito de la combinación creadora. El derecho, por tanto, para identificar la creación como "unidad de significaciones" a la que referir la protección jurídica, sólo tiene un problema, que es contar con ese ejemplar auténtico al que remitirse indubitadamente.

Aquéllas creaciones en que la combinación creadora es tan sólo el dato ideal incorporado a la realidad física aportada por el autor, las denominaremos "expresiones formales" modélicas. Son todas las comprendidas en el ámbito protector de la "propiedad intelectual".

Tres son las consecuencias jurídicas que se desprenden de éste especial modo de relacionarse en las obras intelectuales y estéticas la "combinación creadora" y la "realidad física" ordenada: En primer lugar, que el derecho no necesita imponer al autor, para dispensar su protección, otra formalidad que la de asegurarse de la autenticidad del ejemplar al que referir su tutela, de tal modo que pueda calificarlo como esa primera aplicación de la combinación creadora, ejecutada por el propio creador. En segundo término, que, en cambio, el derecho no puede proteger la creación en su fase de simple proyecto. La "propiedad intelectual" sólo tutela la obra acabada, realizada plénamente. Así, el boceto dibujístico de un lienzo futuro no alcanza protección como "lienzo proyectado", sino como creación autónoma. Lo mismo podría decirse de las otras obras intelectuales y estéticas. Esta exigencia plantea problemas peculiares, sobre todo en la cinematografía. El "guión" de una obra fílmica sólo podrá ser protegido como obra literaria; no como el proyecto de una película por realizar. La tutela de la "idea fílmica" ó "story" como núcleo en que se encuentra prefigurada una obra cinematográfica futura, ofrece dificultades especiales por la misma razón. En tercer lugar, en este tipo de creaciones multiplicar la creación no es otra cosa que repetir la segunda fase del acto creador, la fase de aplicación de la combinación creadora a los elementos sensibles; hacer lo que hizo el creador, pero sin idear la combinación misma. Por ello, todo acto de reproducción ó imitación de la obra tiene el sentido de una pura actualización de la realidad física primigenia.

Hasta qué punto la realidad física significativa, aportada por el propio autor en el proceso creativo, ha sido ó no actualizada mediante la actuación del imitador en un proceso de ejecución, es el problema fundamental que se suscita en los conflictos de interés en torno a la "propiedad intelectual". Para resolverlo, el derecho se sirve de criterios instrumentales a los que se aludirá someramente después.

c). Frente a lo que sucede en las obras protegidas por la "propiedad intelectual", en los objetos de la "propiedad industrial" los dos momentos de la formulación de la combinación ideal y de su aplicación a una materia ó energía son perfectamente separables y distintos. La creación estriba tan sólo en idear la combinación; y su aplicación a la materia, en cambio, queda ya fuera del proceso creativo. Aquí la creación espiritual se considera completa y terminada en la fase de mera ideación, como simple proyecto aún no realizado. En las creaciones de la "propiedad industrial" el creador, que es también un preceptor, no es un preceptor de sí mismo, como en las obras intelectuales y estéticas; es "un preceptor de otros". Lo que dice es que habrá que hacer en el futuro para que se produzca una realidad física que encarne a la creación y posea sus valores utilitarios. Por lo tanto, concepción y realización son dos momentos, no sólo perfectamente separables, sino que pueden quedar encomendados a sujetos distintos.

El conocimiento de la combinación creadora no exige la percepción de ninguna realidad física determinada; puede obtenerse de un modo directamente normativo; haciéndose cargo de cuales son, en la idea del creador, las condiciones que la realidad material ha de cumplir. Naturalmente, para ello será preciso que el que concibió la combinación creadora la formule en un enunciado expreso; diga cuál es. En este tipo de creaciones, nunca existe un "ejemplar original". Cualquier

realidad física que aporte el creador realizará únicamente una función ilustrativa.

Aquéllas creaciones en que la combinación creadora es directamente cognoscible mediante la formulación de un enunciado autónomo de condiciones a cumplir por la realidad material las denominaremos "prototipos normativos" expresos. Son todas las comprendidas en el ámbito protector de la "propiedad industrial".

También aquí podríamos apuntar las consecuencias jurídicas fundamentales que se derivan de esta separación que existe en este tipo de creaciones, entre el momento de la ideación y el momento de la aplicación de la combinación creadora, concretándolas en otras tres correlativas a las anotadas en las obras intelectuales y estéticas: En primer lugar, en este otro tipo de creaciones su identificación no puede confiarse a la percepción de ninguna clase de realidad física, sino que requiere la determinación de cuáles son los elementos normativos formulados expresamente por el creador, que individualizan al objeto tutelado. El objeto de ese juicio de identidad está, pues, constituido en todo este sector de la "propiedad industrial" por rasgos prototípicos expresos, por verdaderas "normas" formuladas autónomamente. Cualquiera que sea la realidad física que ejemplarice, por ejemplo, una invención, lo único que podrá verse en ella es su condición de realización de una norma inventiva, que es la que hay que delimitar y definir. Tampoco el "dibujo" ó el "modelo" industrial, en cuanto objetos protegidos por la "propiedad industrial", podrán ser caracterizados únicamente mediante la percepción de las realidades físicas que los encarnan como obras estéticas. Habrá que ver además si, esa realidad, tal cual es, constituye verdaderamente la realización del enunciado de condiciones que prescriben que un determinado producto llevará incorporado, y cómo, ese dibujo,

ó estará conformado de acuerdo con ese modelo. Y lo mismo sucede en el signo mercantil, en que los elementos sensibles que materializan el signo habrán de ser tomados, en este juicio de identidad, como datos reales en los que resulta efectivamente cumplimentada la concepción de ese signo, tal y como ha quedado formulada y descrita.

En segundo término, en las creaciones comprendidas en la "propiedad industrial" como se ha dicho, se protege ya la fase de ideación, la combinación no aplicada aún. Por consiguiente, el derecho se vé enfrentado aquí con puras concepciones, con simples proyectos. Aún no se ha construído la máquina inventada, ni se ha fabricado el producto adornado con la concepción formal atrayente, ni se ha utilizado la marca en el tráfico mercantil, y ya la protección jurídica se dispensa. En esta situación, la protección exige el cumplimiento de una serie de formalidades jurídicas, que identifiquen el objeto tutelado (declaraciones ante la Administración, apropiación pública y reivindicación del objeto), supliendo así, en frase de LEVY, la falta de materia en que basar esa protección; que es la razón por la cual la protección de la "propiedad industrial" es esencialmente "formalista". Por último, en este tipo de creaciones, no hay propiamente "ejemplares", sino realidades físicas cumplidoras del "prototipo normativo" expreso. La multiplicación de la creación no se constituye como la repetición del acto creador en su fase de aplicación; no consiste en actualizar la realidad física significativa, sino en producirla "ex novo", valiéndose de la combinación creadora. Lo que sucede es que esa actividad de producción de la realidad prescrita explícitamente por el creador se manifiesta como puramente neutra y ejecutiva; no aporta nada al proceso creativo; se sale de él, reduciéndose a ser una actuación de cumplimiento de normas creativas ajenas.

Quedan expresadas así las notas que ayudan a formar un concepto descriptivo de "creación espiritual", de acuerdo - con nuestro propósito.

CAPITULO III

TIPOLOGIA DE LAS CREACIONES ESPIRITUALES

Los dos sectores de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial".

x.- De todo lo expuesto hasta aquí se desprende la - verdadera justificación de que el estudio y el tratamiento jurídico de las creaciones espirituales se diversifique en los dos grandes tratados de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial". Así lo exige la distinta naturaleza de las creaciones comprendidas en cada uno de ellos.

Es que el concepto de creación espiritual conduce necesariamente a una tipología que recoja, junto a las notas comunes, los elementos de disparidad ya apuntados.

En esa tipología de las creaciones espirituales ha de partirse ante todo de esa dicotomía fundamental: creaciones intelectuales y estéticas y creaciones industriales y mercantiles. No podemos nosotros extendernos en el presente - trabajo a una más puntual y detallada consideración del tema. Los rasgos esenciales de unas y otras han sido ya señalados. Para encerrarlos en una breve fórmula, recordáramos lo que anticipadamente tenemos apuntado ya en otro lugar: - las creaciones intelectuales y estéticas son algo ya hecho y terminado, pero que puede repetirse, las creaciones industriales y mercantiles, en cambio, algo que vá a hacerse, al

go que es posible realizar aún, si se cumplimentan en el futuro por una materia ó energía las condiciones que se prescribieron. En las creaciones de la "propiedad intelectual", una realidad física tiene un valor "modélico"; en las de la "propiedad industrial", un enunciado normativo de condiciones posee la aptitud "prototípica" de ser realizable en una realidad física futura.

Los distintos tipos de creaciones de la "propiedad intelectual".

x.- Ahora bien: una tipología de las creaciones espirituales no se agota con esa diversificación esencial en los otros dos sectores señalados. A su vez, dentro de cada uno de ellos se manifiestan modalidades peculiares que plantean al derecho problemas propios.

a). Limitándonos a una pura enunciación, podríamos indicar que entre las creaciones intelectuales y estéticas destacan como tipos con fisonomía propia, en primer lugar, las creaciones pictóricas, en que puede apreciarse que los elementos sensibles no agotan su realidad en su significación, sino que poseen un margen de realidad no significativa, conservan una individualidad que, en su plenitud, no es posible traducir a "sentido". Así, el lienzo de "Las Meninas" sólo puede decir que lo ha contemplado quien lo visitó en el Museo, por muy perfecta que sea la reproducción que admiró. En cambio, todo el que tiene un ejemplar del "Quijote" ha gozado la misma obra, tanto si la leyó en el que procede de la edición Príncipe que en otra reproducción cualquiera. Esta peculiaridad de la obra pictórica (la de que, el ser multiplicada, transmite al ejemplar su "sentido", pero no su individualidad real), la ha puesto de manifiesto la doctrina (19)

(19) La peculiaridad de la obra pictórica como "opus unicum"

b). En segundo lugar, dentro de las creaciones de la "propiedad intelectual" poseen un carácter peculiar las obras literarias y las musicales, en que, como dijimos ya, realidad e idealidad se contrapesan. Los elementos sensibles agotan su realidad en su significación; que es por lo que resulta irrelevante el tono de voz con que se recite un poema ó el ejemplar en que conste. Los "medios expresivos" de las obras literarias los constituyen las palabras, que son a su vez signos que hay que verificar y por ello, la obra es la misma siempre que esos signos puedan reconocerse. En cuanto a la obra musical, su sentido formal hace tambien absolutamente fungible la materialización, con la condición de que los sonidos que constituyen la creación, se perciban con la misma simetría tonal y armónica.

c). Lugar propio ocupan dentro del ámbito de la "propiedad intelectual" las creaciones que se sirven de la objetivación de percepciones mediante procedimientos técnicos. Prescidiendo de la fotografía, la fonografía y la magnetofonía (que a nuestro juicio integran más propiamente un género de protección a incluir entre los "derechos conexos"), requiere una referencia especial la "obra cinematográfica".

A nuestro juicio la obra fílmica es una creación, porque en ella no hay únicamente una objetivación técnica de percepciones, sino algo más preciso; la disposición de la realidad cuya percepción resulta objetivada.

en el sentido a que se alude en el texto lo ha reconocido la doctrina del derecho de autor. Así, puede verse este tema en FABIANI, "Esecuzione forzata e sequestro delle opere dell'ingegno", cit., p. 185 ó en CORRADO, "Opere dell'ingegno, private industriali", tambien cit., p. 6, entre otras muchas opiniones que subrayan que en la pintura existe una relación más estrecha que en ninguna otra clase de obras entre "corpus mysticum" y "corpus mechanicum", en virtud de lo cual el cuadro es un-"original único".

Así es como puede resolverse, en nuestra opinión, el arduo problema de la paternidad de la película cinematográfica. Para ello, lo que hay que hacer, no es el inventario de elementos intervinientes, que son tantos y tan diversos, sino el de los "factores de disposición" de la realidad objetivable. El primero de todos es el esquema material que contiene la "story", que más ó menos podríamos llamar la "idea fílmica". Aquí, la realidad a disponer, más que quedar representada, se acota. Una verdadera alusión de la realidad objetivable se encuentra ya en el "guión cinematográfico", sea en una versión puramente literaria, sea transformado en una planificación en cierto modo técnica. En cualquiera de sus dos factores, la realidad natural se describe y delimita pero no se dispone aún. El "manejo" de esa realidad está entre el guión literario y su actualización real por parte de los intérpretes, de un lado, y la objetivación técnica de la percepción, de otro. En definitiva, ni siquiera consiste sólo en una descripción de la serie ordenada de los actos perceptivos que han de integrar el film -planos, "secuencias"- . A nuestro juicio, autores de argumento, guionistas, intérpretes y técnicos son elementos colaboradores, de gran peso e importancia, pero no verdaderos autores de la película. El autor de un "film" es su director. El director es el que propiamente "dispone" la realidad. El "fílm" no tiene sólo el sentido intelectual, propio de las obras de la literatura; ni únicamente el sentido formal de las artes plásticas y de la música -cuya importancia como fondo ambiental, aparte sus otras funciones, ha de destacarse en el "fílm"-; sino un sentido especial y propio, que podríamos denominar sentido de la "objetivación de lo dinámico", que está formado, en parte sí, por una idea de la sucesión; pero, en parte mucho más importante, por una especie de hallazgo de posibilidades estéticas en lo real. El "film" es una sucesión

de actos de percepción objetivados, que se presentan con una tal apariencia de movimiento y vida, que nos ofrecen una hipótesis de realidad, promotora de sensaciones, emociones, vivencias.

La obra fílmica tiene, como "medios expresivos" el sonido y la imágen y en su manejo es en lo que se manifiesta la creación. Esta es precisamente la realidad que dispone el autor del "film"; de dónde resulta que ninguna de los otros intervinientes son propiamente autores: el guionista, porque - menciona la realidad natural, pero la ofrece como un material más que fundir; el intérprete, porque actualiza esa realidad, pero no la dispone; el técnico porque objetiva los actos de percepción, pero no los prepara. Sólo el director, utilizando como materiales informes todos los acumulados en la película, los traduce personalmente en una sucesión de imágenes y sonidos, que constituyen la "forma externa".

d). La peculiaridad de las creaciones coreográficas y pantomímicas fué ya indicada más atrás, por lo que resta solo aludir a la "obra arquitectónica", caracterizada porque no posee sólo un sentido "formal", sino también "télico". La compatibilidad de ambas especies de sentido aparece como algo obvio: el sentido formal de la obra arquitectónica coincide con sus elementos normativos implícitos; el sentido final ó teleológico, en cambio, ha de formularse expresamente. Esta es la razón por la que una obra de ésta clase lo mismo - puede figurar en una exposición de dibujo, que servir para la construcción de un edificio. En el segundo supuesto, necesita precisar su sentido a través de prescripciones autónomas, constituidas por las indicaciones que acompañan a los planos, y por las descripciones técnicas y constructivas.

Los distintos tipos de creaciones de la "propiedad industrial."

x.- Al examinar el contenido de la "propiedad industrial"

en la primera parte de éste trabajo, señalamos que se ocupa de la protección de tres tipos de objetos diferentes: las invenciones, los dibujos y modelos industriales y los signos distintivos de carácter mercantil. No hemos de añadir mucho más a cuanto ha quedado ya expuesto en cuanto a su respectiva definición y caracterización.

En este lugar, sólo interesa subrayar algunos rasgos específicos, a los efectos de dejar señalados estas tres clases de objetos como los tres tipos fundamentales de creaciones protegidas por la "propiedad industrial".

Acaso el elemento esencial que sirve para situar dentro de un tipo creativo diferente a estos tres grupos de objetos sea la relación que existe en cada uno de ellos entre esas dos fases ó momentos de la creación a que ya nos hemos referido: el de la ideación de la combinación creadora y el de su aplicación a una cierta materia ó energía. En ese aspecto la diversidad que existe entre estas tres clases de objetos es radical. Es verdad que en todos ellos se aprecia una nota coincidente, como ya hemos señalado y es que la protección queda referida a la combinación creadora, contemplada en sí misma, como proyecto puro, sin necesidad de realizarse. A partir de aquí, no obstante, las diferencias se manifiestan con toda claridad. Porque en la invención, lo protegido es la concepción misma; pero es que esa concepción es lo único valioso. La realización de la concepción inventiva, en cambio, carece de todo valor; es un resultado objetivo e impersonal. En el dibujo ó en el modelo industrial, es verdad que también se protege la concepción misma, como lo acredita el que la tutela jurídica no requiere la fabricación del producto para que su ideación se proteja. Pero aquí, en cambio, lo valioso es no únicamente la concepción, sino también la realización de lo concebido, en cuanto que la combinación creadora, si es cierto que es susceptible de ser formulada expre-

samente (como todas las creaciones de la "propiedad industrial"), sin embargo, requiere que pre-exista a ella una creación que, en su propia naturaleza, pertenece al campo de la "propiedad intelectual". En otras palabras: el dibujo ó el modelo industrial, antes aún que industriales son esencialmente dibujos y modelos, es decir, obras pertenecientes a las artes plásticas y a las del relieve. Por consiguiente aún referida la atención del derecho (en este sector de la "propiedad industrial") a la combinación ideal formulable mediante un enunciado expreso, sin embargo, no es posible desconocer que, al actuar así, la protección jurídica no abarca todo el sector de los valores de que el objeto está dotado. No sólo es valiosa la concepción, sino también la realización de lo concebido.

Finalmente, en el signo mercantil también lo protegido es la combinación creadora, en su fase de pura concepción, como corresponde a toda modalidad incluida en la "propiedad industrial". Pero aquí se da la situación paradójica de que eso que es lo protegido, es decir, la combinación creadora en su fase de ideación, es precisamente lo que carece de valor; mientras que la realización de esa concepción en actos de uso, es lo que hace valiosa a la combinación ideal. Lo hemos dicho ya en otra ocasión: la protección al signo mercantil es equívoca e indirecta, porque constituye tan sólo un medio para tutelar a la verdadera creación espiritual que el derecho quisiera proteger, que es la empresa misma, que, sin embargo, carece de aptitud para constituirse en objeto de un derecho subjetivo autónomo, como unidad dinámica de medios organizados para el cumplimiento de su fin.

Esta distinta clase de relación existente entre el objeto protegido por el derecho y los valores que aspira a tutelar, plantea al derecho, en cada una de éstas modalidades, problemas específicos.

Con respecto a la invención, si sólo la protección se protege y es valiosa, habrá que suplir su realización con la exigencia de su realizabilidad. Es todo el problema del "carácter industrial" de la invención, del que ya hemos tratado.

En cuanto a los dibujos y modelos industriales, lo protegido no coincide con lo valioso, porque queda un margen de valor por tutelar en el objeto. De ahí nace el problema que plantea al derecho la tutela de este tipo de creaciones que es el de dotarlas de una doble protección jurídica: la de la "propiedad intelectual", en cuanto obras estéticas; - las de la "propiedad industrial", en cuanto creaciones in - dustriales de forma.

Por último, en el signo mercantil lo protegido no coincide con lo valioso, porque es sólo la aplicación de la con cepción del signo mediante actos de uso, y no la mera idea - ción del mismo, la que reviste valor. El derecho forzosamente ha de relacionar esos dos mundos: el mundo de la realidad del tráfico, en el que se manifiestan los signos en su utilización efectiva, acrecentando su valor y su prestigio e incorporando los valores empresariales, y el mundo de las puras concepciones, de las "expresiones formales" reproducibles, que son las tuteladas directamente; Es todo el proble ma complejo y difícil, de las relaciones entre el uso y el registro del signo mercantil.

TITULO III

CARACTERIZACION Y ENCUADRAMIENTO CIENTIFICO DE LOS DERECHOS SOBRE CREACIONES ESPIRITUALES

Nadie duda que el derecho que protege a autores, inventores y titulares de signos mercantiles es un derecho de naturaleza especial. Esta es una conclusión a la que, como hemos visto, llega toda la doctrina, cualquiera que sea la posición sustentada respecto a su naturaleza. La doctrina ha comprobado la imposibilidad de agotar la esencia de estas instituciones mediante su encuadramiento en el esquema de conceptos tradicional, si al mismo tiempo no se acompaña su calificación de indicaciones complementarias, de salvedades relativas a la forma peculiar como estos derechos son "propiedades" o son "monopolios". Es muy preferible aceptar desde el principio su carácter especial, su naturaleza "sui generis".

No se nos pedirá, por tanto, que nosotros aportemos una solución distinta al problema de la naturaleza jurídica de estos derechos que nos apartemos de esa conclusión de que se trata de derechos exorbitantes, peculiares, sin posible inclusión en los tipos de derechos subjetivos clásicos.

E llo no se debe a nuestro juicio, sin embargo, simplemente al hecho de que su objeto sea inmaterial. Por el fenómeno de extensión y espiritualización del dominio, que tan agudamente ha señalado JOSSERAND, la inmaterialidad del objeto no hubiera sido nota suficiente para desnaturalizar y violentar el derecho de propiedad. No está en su inmaterialidad la nota más perturbadora de las creaciones espirituales como objetos jurídicos, sino en que son al mismo tiempo e inseparablemente un resultado personal y una norma objetiva, impersonalmente actuable, y, por lo tanto, el derecho tiene que atribuir al creador un poder jurídico consistente en que sea él y sólo él quien decida si esa expresión personal suya ha de utilizarse o no por alguien, y en qué condiciones, como norma de acción impersonal; que eso es en suma en lo que consisten

Nos encontramos, pues, ante una nueva categoría de derechos subjetivos, de la misma naturaleza en sus rasgos fundamentales, a pesar de sus modalidades diferentes: los "derechos sobre prototipos normativos", en sus dos variantes principales, las "expresiones formales" modélicas y los "prototipos normativos" expresos: las creaciones de la "propiedad intelectual" y las de la "propiedad industrial". No pretendemos ni que el nombre sea adecuado ni que haga fortuna, sino expresar con él lo que constituye la esencia del poder jurídico.

A la caracterización y estudio de esta nueva categoría de derechos subjetivos procedemos a continuación.

CAPITULO. I

ESTRUCTURA DEL DERECHO

Parece que la primera tarea en el estudio de estos derechos deberá ser la de su aspecto más ostensible, su aspecto estructural. La estructura de un derecho subjetivo resulta de la función que realizan cada uno de sus elementos integrantes y, de modo especial, el "contenido" y el "objeto".

Derechos "absolutos" y derechos "relativos"

Todo derecho debe tener un objeto. En el derecho de los creadores el primera problema es determinar cuál es ese objeto, lo que constituye uno de los temas más delicados y más enconadamente debatidos en la doctrina. Como es sabido, la doctrina se halla aquí dividida en dos sectores: Para unos, el derecho de los creadores (llámese "propiedad", o "propiedad especial" o "derecho sobre bienes inmateriales") implica un verdadero señorío sobre la obra; es un derecho que recae sobre la creación espiritual, como "quid externus". La creación espiritual es el "objeto jurídico".

Para otros, por el contrario, el derecho consiste únicamente en una facultad de hacer algo en exclusiva, no en un señorío sobre la creación espiritual. La creación espiritual no es el objeto del derecho, sino un "punto de referencia" del contenido: el concepto que permite acotar el tipo de actividad para la que el titular está facultado.

Para tomar posición en este importante tema, ante todo hay que observar cómo se comporta el poder jurídico en la satisfacción del interés del titular. La estructura del derecho depende de la relación que existe entre lo que habría que hacer para satisfacer el interés del titular y lo que el titular está facultado para hacer. Hay dos tipos de derechos de estructura totalmente dispar: aquellos en que el titular puede jurídicamente hacer lo que hay que hacer y aquellos otros en que el titular no puede jurídicamente hacer lo que hay que hacer, sino que ha de limitarse a exigir que lo haga otro. Los primeros son los derechos "absolutos"; los segundos, los derechos "relativos".

Cuando el derecho permite que sea el propio titular quien pueda hacer lo que hay que hacer para que su interés quede satisfecho, recae sobre toda la comunidad una obligación general de respeto de esa facultad, a cuya efectividad no ha de oponerse obstáculo alguno. El derecho tiene un aspecto positivo, que es que el titular puede, en efecto, hacer lo que la satisfacción de su interés demanda; y un aspecto negativo, consistente en que al mismo tiempo el titular puede exigir la abstención de los "non domini". Este es el esquema general de los derechos "absolutos", del que es arquetipo el de propiedad.

Cuando, en cambio, el derecho no permite al propio titular hacer por sí mismo lo que su interés exige que se haga, pero, sin embargo, el ordenamiento jurídico desea que ese interés quede satisfecho, le otorga un poder jurídico que ya no tiene el sesgo dispositivo de la configuración anterior, sino que consiste en la facultad de exigir que eso que habría que hacer para que el interés del titular quede satisfecho, lo haga otro: lo realice un deudor. Aquí, la estruc-

posee el aspecto positivo de exigencia del titular, pero no el negativo o excluyente con respecto a la comunidad entera. El poder jurídico en los derechos "absolutos" actúa "erga omnes", y en los relativos, solamente "erga uno". Este es el esquema general de los derechos relativos, de los que es arquetipo el derecho de crédito.

Poderees jurídicos "remisivos" y "descriptivos"

Ahora bien: todo derecho subjetivo ha de determinar con precisión lo que el titular puede hacer. El derecho de propiedad tiene un modo singular de concretar qué es lo que puede hacer el titular, que es, remitirse a la "cosa", referirse íntegramente a su posesión. Lo que puede hacer es "tener" la cosa a su disposición. Sólo con eso, el interés del titular se satisface; porque luego ya, lo que en la realidad puede hacerse con la cosa, no es necesario que lo concrete fórmula alguna, porque está diciéndolo la cosa misma, con sus notas y cualidades.

En definitiva, en la propiedad el poder jurídico no es sólo "absoluto"; es además "remisivo" a un objeto y a todas sus posibilidades reales de acción. Esto es lo que permite que el contenido del derecho se resuelva en una fórmula tópica y sintética, que no es necesario que sea descriptiva de todo lo que puede real y verdaderamente hacer el titular en relación con el objeto. La fórmula consiste en "disponer" y "disfrutar" de la cosa; con lo cual, para verificar concretamente qué posibilidades reales se han concedido al titular, hay que desplazarse ya, del contenido al objeto, que es el que concreta esas posibilidades reales mediante la exhibición de sus cualidades propias. Se aprecia, pues, el modo como es "remisivo" al objeto el derecho de propiedad. Lo es considerándolo, no como un sector de actividades acotado autónomamente, sino como una parcela del mundo exterior, que queda sometida a la disposición del titular y contiene, hipostasiadas en sus notas y cualidades, un conjunto

realidad se remite a unas posibilidades reales de hacer que no es preciso describir ya que aparecen hipostasiadas en la propia realidad física objeto. El poder jurídico no necesita ser "descriptivo" en el contenido, por la intensidad con que se remite a un objeto que, en su propio permanecer pasivamente a la disposición del titular, suple toda posible descripción. Cuanto pueda hacerse con él, eso es lo que el derecho faculta para hacer, con la abstención respetuosa de la comunidad.

El ordenamiento jurídico a compañía a este tipo de poderes esencialmente absolutos e inverificablemente remisivos a un objeto, con un aparato de seguridad centrado en el sometimiento de la "cosa". Este es el sector de derechos que nacen para crear situaciones estables y consolidadas. Constituyen poderes remansados, de contorno firme e inalterable, cuya persistencia no tiene que ser ganada mediante el ejercicio de ninguna facultad por parte del titular. No añade nada ni en nada enriquece al dominio su uso. La inacción sólo le afecta cuando se le contrapone el ejercicio por parte de otro; que es por lo que ha podido decir CARNELUTTI que para el dominio no hay prescripción extintiva, sino adquisitiva.

Bien diferente es el esquema estructural del derecho de crédito. Aquí, lo que habría que hacer para satisfacer el interés del titular, ha de hacerlo otro sujeto: el deudor. El derecho no puede organizarse facultando al titular para hacer el mismo lo que hay que hacer, por respeto a la personalidad y a la libertad de ese deudor. Es necesario contar aquí con la posibilidad, de que eso que hay que hacer no se haga; y por lo tanto, el poder jurídico sólo puede ser articulado como una facultad de exigir al deudor que, en efecto, haga eso: que cumpla su obligación.

Nos encontramos ahora en una situación muy diversa. El derecho tiene una configuración solamente "relativa" y no puede concretar "lo que hay que hacer" en una fórmula tópica remisiva al objeto (que es la prestación prevista). Son los interesados los que pueden de-

hacer, qué conductas han de ser desplegadas (autonomía de la voluntad), sin perjuicio de que la ley las defina también muchas veces.

Como lo que hay que hacer no puede hacerse, sino sólo exigirse que lo haga otro, el poder jurídico no es directamente "remisivo" al objeto, sino que sólo lo designa descriptivamente, como la realidad futura que se puede exigir. El objeto no es una parcela del mundo exterior, sometida a la disposición del titular. Es lo que hará libremente un deudor; por lo que la relación de disposición en que se encontraba el poder jurídico respecto a la "cosa", aquí se disuelve en un vínculo obligatorio y un efecto de responsabilidad. Lo fundamental en este otro tipo de derechos no es ya el sometimiento quieto y pacífico del objeto (el mundo de los derechos reales está lleno de expresiones alusivas a la estabilidad, a la permanencia de esa situación estática), sino la actividad que se realiza de un modo estricto y diligente; para lo cual las expresiones utilizadas en la regulación jurídica aluden, en cambio, a la conformidad de la conducta a una norma, a la posición dinámica y activa que han de adoptar las partes.

En el derecho "absoluto" de naturaleza "remisiva", la actividad de disfrute que puede desarrollarse constituye el contenido del derecho, porque es lo que hay que hacer para la satisfacción del titular, y el derecho transforma lo que hay que hacer en lo que puede hacerse. En el derecho de crédito, en cambio, el contenido del derecho no está constituido por el hacer satisfactorio, sino por la facultad de exigir que ese hacer tenga efectividad; y la realización material de lo que hay que hacer constituye el objeto.

El modo peculiar de ser "absoluto" y de ser "remisivo" el derecho de los creadores.

Frente a esas dos figuras, el derecho de los creadores posee una estructura especial. Como la propiedad, es evidentemente un

para la satisfacción del titular, puede hacerlo el propio titular, sin intermediario ni trámite alguno. Pero también es un derecho que está dotado de un poder jurídico "remisivo", ya que el contenido del derecho no determina descriptivamente ese hacer, sino que confía su definición a la remisión al objeto: multiplicar, reproducir la creación espiritual, del mismo modo que en la propiedad decía disfrutar la cosa. Lo que sucede es que incluso su carácter "remisivo" es peculiar, porque aquí no basta, como en la propiedad, con una simple y pura remisión al objeto para, solo con ello dejar ya acotadas las posibilidades reales que encierra el contenido del derecho, si este contenido se concreta en una fórmula tópica y no descriptiva; sino que la remisión a la creación espiritual se deshace a su vez en un conjunto de posibilidades reales, constituidas como un "hacer" que necesita descrito, utilizando la creación espiritual como "punto de referencia". En la propiedad, cualquier "hacer" del sujeto en relación con la "cosa" de la que es propietario, ha de calificarse como un "disfrute de la cosa", porque el sector de posibilidades reales se identifica plenamente con el sector de notas y cualidades de la cosa-objeto. Pero en el derecho de los creadores, después de haber determinado desde el contenido que el titular está facultado para utilizar y explotar la creación espiritual, al verificar esa remisión nos encontramos con un sector de actividad real autónoma y no meramente resultante de la remisión misma; un sector de actividad que es el que será considerado como una "utilización" o una "explotación" de la creación espiritual y que necesita ser descrito. Por lo tanto, aquí estrictamente, el objeto no es la entidad misma "creación espiritual", sino un "facere": un "facere" regido por ella.

El objeto del derecho no es la creación
espiritual misma, sino el conjunto de po-
sibilidades de acción que proporciona

Se deducen de aquí algunas conclusiones importantes para la debida fijación de la estructura del derecho de los creadores.

La primera conclusión a sentar es que el derecho no recae sobre la "creación espiritual". No hay aquí una parcela de la realidad exterior (ni material ni inmaterial) que quede sometida pasivamente al poder jurídico del titular. El objeto de este tipo especial de derechos no es la creación misma, sino el "facere" regido por ella, el sector de actividad que resulta posible mediante la actuación de sus elementos normativos, ya implícitos, ya expresos. El derecho faculta al titular para hacer lo que la creación espiritual permite hacer.

Se comprende que ello sea así. El derecho no podría consistir nunca en situar a la creación espiritual, en toda la plenitud y riqueza de sus valores, bajo un poder jurídico meramente "remisivo". Por la misma razón que, según SAVIGNY, la naturaleza, si ha de ser jurídicamente dominable, tiene que transformarse en "cosa" (1), el derecho no puede tampoco hacerse cargo íntegramente de esa realidad deslumbradora que es una obra de lo más íntimo y exquisito del pensamiento o del arte del hombre. No se puede ser dueño de la cordillera que domina el paisaje, si no es transformándola en ese "fundo" delimitado por su referencia a los que colindan con él, determinado por connotaciones jurídicas alusivas a su modo de ser como "bien inmueble", que es a lo que queda reducida su realidad geográfica, como objeto de un derecho de pro-

(1) Vid. la referencia de Mateo FERRANTE, en "Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni", cit. pág. 22.

rídico de la "divina Comedia" o de "Las Meninas", sino de ese valor matizado por precisiones jurídicas, que constituye el objeto protegido.

El ordenamiento jurídico no puede reservar a la soberanía de nadie la propia creación espiritual. Lo que el derecho puede reservar a alguno (y es lo que, en efecto, reserva al creador) es ese sector de actividad que consiste en actualizar o en producir la realidad física significativa. En definitiva, un "hacer". Pero un "facere" muy especial. Un "facere" que todo él esté regido por la creación espiritual. La creación espiritual, sin ser ella misma y directamente el "objeto" del derecho, aparece hasta tal punto implicada, por tanto, en la delimitación de ese hacer, que acotarlo equivale estrictamente a identificar la creación misma, por lo que le corresponde en el derecho una función más importante que la de simple "punto de referencia" del contenido; la función de definir ese "facere-objeto", por su remisión a lo que la propia creación es esencialmente. Así resulta que si la creación espiritual, en cuanto tal, no es el verdadero objeto del derecho (y esto parece evidente), sin embargo, le presta hasta tal punto el criterio para su parcelación como ese conjunto de posibilidades reales que el titular está facultado a desarrollar, que resulta lógico que la construcción jurídica la sitúe metafóricamente en el lugar de ese objeto, gracias a ella precisado y definido y que queda acotado por una vis remisiva a las tres acepciones esenciales en que la creación espiritual, como hemos indicado ya, resulta caracterizada jurídicamente.

No espues, la realidad esplendorosa misma de la creación espiritual lo que constituye el objeto de estos derechos. El objeto del derecho de los creadores está constituido por ese sector de posibilidades reales que proporciona al titular la aptitud prototípica de la creación. Porque en definitiva, la creación espiritual no puede ser captada y aprehendida por el derecho directamente: sólo puede serlo utilizando criterios instrumentales que la

la traduzcan a un sistema en que sea mensurable su riqueza espiritual y humana.

La determinación de cuáles son esos criterios instrumentales con los que puede ser definida e identificada la creación espiritual tiene un extraordinario interés y completará estas notas sobre la estructura del derecho de los creadores.

Criterios jurídicos instrumentales para la identificación de la creación espiritual

Tales criterios jurídicos, que tienden a acotar y identificar la creación espiritual, miran respectivamente al valor "personal" al valor "cultural" y al valor "prototípico" de la creación.

a). Por lo que se refiere al valor "personal", el derecho no tiene directamente medio alguno de identificar en la creación su carácter expresivo de la "personalidad" de su autor. ARÉ ha demostrado que el que la obra exhiba una "impronta personal" no es un requisito que pueda exigirse a la creación para ser tutelada.

El carácter personal de la obra se presume jurídicamente de la demostración del hecho de la paternidad y resulta de la realización de un juicio sobre su originalidad. El primer medio de verificación del carácter personal de la obra implica un género de prueba que el derecho, en principio, tiende a "pre-constituir". Es todo el sentido de ciertas formalidades, como el depósito de un ejemplar auténtico en una Oficina administrativa, en las obras literarias; o como la apropiación pública que supone la inscripción de la combinación ideal, en el Registro de la Propiedad Industrial, para las modalidades industriales y mercantiles. Pero en todo caso, es también susceptible de cualquier otro tipo de demostración. En cuanto al juicio sobre la originalidad, puede llegar a

dicas, que en los supuestos de "plagio" no siempre son evitables (2).

b) En cuanto a los valores "culturales" (intelectuales, estéticos, industriales y mercantiles), el derecho parte también de la presunción del valor, por el hecho de que se utilicen unos "medios expresivos" aptos por su naturaleza para suscitarlos. Así, la protección de las obras literarias y artísticas no está vinculada a la verificación de ninguna clase de valores intelectuales y estéticos. La de una invención no se condiciona tampoco a un juicio previo sobre su utilidad concreta, lo que excedería del examen administrativo más amplio. El "modelo industrial" se protege tenga o no éxito entre el público. Lo mismo sucede con la marca, cuya tutela no se vincula a la acumulación de un prestigio real. Del mismo modo que la propiedad sobre un fundo fértil no se diferencia en nada de la propiedad de un erial, el derecho exclusivo sobre una obra genial se adquiere del mismo modo y tiene el mismo contenido que el que posee el autor de una producción vulgar.

Ahora bien, esto no evita al derecho una tarea compleja y difícil: la de identificar la creación espiritual, en función de su propio "sentido". En ese respecto, la creación es delimitada por el derecho como una "unidad de significaciones". Los elementos sensibles en que la creación encarna están dotados de un determinado "sentido", de una cierta "significación". Ese sentido se aprecia como esencialmente idéntico dentro de un amplio margen de significatividad. Así: en las creaciones intelectuales, aun reduciendo la

(2) El criterio para determinar si existe o no "plagio" -señala Ludwig SCHNEIDER en su trabajo "Das Plagiat im internationalen Recht", dentro del tomo 14 de la Colección "Internationale Gesellschaft für Urheberrecht", titulado "Plagiat", pág. 60- sólo puede fijarse "...con los medios de la psicología: allí donde un pensamiento preexistente no ha pasado a través del filtro anímico y original del segundo autor... allí donde la obra más tardía arroja sólo, una "luz lunar", se está ante un verdadero plagio" y no ante una creación nueva, que exija tomar la obra anterior como material para la segunda obra.

ejemplo, el caso de los sinónimos, en que puede apreciarse que cada palabra acota un sector del sentido dentro del cual se manifiesta como relativamente fungible. Análoga función realizan las frases, formando períodos, que integran la obra literaria entera. A estos efectos, la determinación formal "externa" (la que le ha dado el propio autor) causa en el sector del sentido un "impacto mínimo", es decir, promueve un círculo mínimo de significaciones, que continuarán siendo evocadas luego a pesar de las modificaciones formales que introduzca el imitador, hasta llegar a un núcleo esencial, que es el que acota el sector máximo de significatividad atribuible a la creación.

Esto no sucede sólo en las creaciones literarias, sino también en las restantes creaciones intelectuales; y se verifica igualmente en las protegidas por la "propiedad industrial". El hecho de que se extienda la tutela de la invención a cualquier otra versión de tercero considerada como "equivalente", se debe también a que la concreta combinación de elementos sensibles enunciada por el inventor acota el sector mínimo del sentido que corresponde a esa aportación técnica; por lo cual el derecho acompaña en su protección a la "idea inventiva" a lo largo de toda la zona de significaciones, más extensa, que causa. Y lo mismo sucede con el signo mercantil en que, como dijimos ya, la protección jurídica en unos casos/ va más allá de la pura "expresión formal" reproducible (por lo que se protege, no sólo contra la identidad, sino también contra la semejanza) y en otros, en cambio, ni siquiera defiende contra la reproducción de una expresión formal idéntica (cuando la clase de actividad o la naturaleza del producto "señalados" por el signo del imitador son diversos); lo que obedece a que la tutela jurídica trata de abarcar todo el sector del "sentido" también en este caso.

presunción de valor de la creación espiritual, tenga muchas veces que servirse de estimaciones estéticas y de juicios técnicos en su propósito de identificar la creación como esa "unidad de significaciones" que, en su alcance máximo, viene acotada por la determinación formal dada por el autor (es decir, por la combinación, concretamente manifestada, de elementos sensibles significativos, que la doctrina llama "forma externa"); y que tiene, en cambio, su círculo máximo en todas las otras combinaciones esencialmente equivalentes "en su sentido", que conservan los mismos valores culturales y se conocen con el nombre de "forma interna" (3). Esta tarea es indispensable en los conflictos de intereses que se suscitan en la propiedad intelectual y en la propiedad industrial y se concreta en el importante tema de la identificación de la creación protegida, como un medio de establecer cuál es el sector de actividad "permitido-prohibido".

c) Por lo que se refiere, en fin, al valor "prototípico" de la creación, el derecho acota el ámbito de la protección jurídica y de ese "facere" permisible, contemplando a la creación espiritual como/ese "conjunto de posibilidades normativas" que permiten a un tercero, sin necesidad de crear nada, "actualizar" o "producir" otra realidad natural/significante dotada de los valores creativos. La correspondencia que existe entre los dos criterios identificadores de la creación ante el derecho (el de considerarla como una "unidad de significaciones" y el de contemplarla como "un conjunto de posibilidades normativas") es absoluta. Lo que el derecho ha de determinar es hasta dónde llega la creación propia y dónde comienza la copia o la imitación. Para ello se sirve de ambos métodos conjuntamente, ya que el sector del "sentido" aco-

(3) KNOPFLE ha realizado un agudo estudio del ámbito de la protección jurídica a la invención, valiéndose de su representación en sectores y círculos, en su obra ya cit. "Die Bestimmung der Schutzzumfang des Patente".

tado por la combinación creadora y por las otras "equivalentes" está constituido precisamente por la zona en que se descubre la función normativa de la creación; por todo el sector en que la creación permite al tercero realizar esa actividad ejecutiva y neutra de actualizar o producir la realidad significativa, caracterizada por estar toda ella, en mayor o menor grado, regida por las normas personales de otro.

Desde el punto de vista de ese "conjunto de posibilidades normativas", la creación ofrece también el criterio preciso para acotar el sector del "facere"- "permitido-prohibido". Ese sector, en las creaciones de la "propiedad intelectual", tiene su círculo mínimo en los elementos normativos implícitos en la realidad aportada por el autor; y su círculo máximo, en cuanto elementos normativos puedan ser formulados expresamente, tales como el argumento o las situaciones escénicas, en la obra literaria; el plan y el sistema, en las didácticas y científicas; la disposición y proporción, en las **creaciones** plásticas; la ordenación de la serie sonora, en las musicales; la sucesión seriada de imágenes, en las cinematográficas. En cambio, en las creaciones de la "propiedad industrial", el círculo mínimo de la protección jurídica lo integran los elementos normativos formulados expresamente, y su sector máximo, las prescripciones implícitas en esa formulación expresa; que es por lo que se estiman como manifestaciones de la misma idea inventiva las versiones meramente "descriptivas" (es decir, las que consisten en indicar prescripciones omitidas por el inventor, pero cuya suplencia por un tercero no conduce al hallazgo de una solución técnica diferente) y las simplemente "constructivas" (en que las indicaciones expresas del inventor se sustituyen por un tercero por otras que producen un efecto técnico equivalente, sin conseguir ningún "resultado industrial" diverso); y por lo que se consideran como el mismo signo aquellas otras expresiones formales distintas, pero confundibles con él.

Y esto es, en fin, la creación espiritual para el derecho: x

una "expresión personal", una "unidad de significaciones" y un "conjunto de posibilidades normativas".

La estructura del derecho de los creadores

El derecho de los creadores es, pues, un derecho "absoluto", en que "lo que hay que hacer", puede jurídicamente hacerlo el propio titular, sin intermedio de personal alguna y con la obligación general de abstención de la comunidad ("ius excludendi alios"). Es un derecho del que emana un poder jurídico "remisivo", en razón a que no necesita señalar descriptivamente desde el contenido lo que el titular está facultado para hacer, sino que le basta para determinarlo con establecer una fórmula tópica (facultad de actuar en exclusiva las posibilidades normativas de la creación espiritual) y remitirse luego a una creación espiritual determinada. Pero el poder jurídico no es íntegramente remisivo a una realidad exterior, de cuya situación en una posición de puro sometimiento a la disposición del titular resulten ya las posibilidades reales de acción que éste tenga al ejercitar las facultades del contenido del derecho; sino que necesita ser concretado luego en un propio y verdadero "facere". Y lo que ocurre es que los linderos de ese "facere" coinciden hasta tal punto con los límites del concepto jurídico de creación espiritual (concebida por el derecho como "unidad de significaciones" y como "conjunto de posibilidades normativas"), que la construcción jurídica, muy lícitamente, y aun consciente de que no la abarca en toda su plenitud, considera metafóricamente a la propia creación espiritual como el objeto jurídico. Un objeto en que la creación ha sido reducida a criterios delimitadores del "facere" real al que se remite el contenido del derecho, y en que, por tanto, la creación espiritual no es considerada como una parcela del mundo exterior sometida en su sustancialidad misma al poder jurídico. Un objeto

que no permanece estática y pasivamente bajo la soberanía del titular, sino que se ofrece en toda su virtud dinámica de "medio de acción", de elemento normativo de una actividad que ya cualquiera puede realizar de un modo impersonal, obteniendo mediante su aplicación a la realidad física un resultado inalterable.

La imagen de la creación espiritual como un "quid" pasivo soportador de facultades, obligaría a la construcción jurídica a moverse dentro de esa concepción de un "derecho de cuerpos" de que ha hablado SPENGLER (4), en la cual se desvanece su condición de elemento energético y dinámico, que es un aspecto que ha subrayado agudamente GUASP, con su teoría de las "energías jurídicas" (5).

(4) Para SPENGLER, el derecho romano fué un derecho de los cuerpos, por lo que le era fundamental la división entre "cosas corporales" e "incorporales"; un derecho de "relaciones de posición entre los cuerpos y las mutuas y recíprocas actuaciones, por choques y contrachoque, como en los átomos de Demócrito. La ciencia antigua del derecho es una ciencia estática". Insiste SPENGLER en que nuestra física ya no conoce el viejo concepto de cuerpo, a pesar de lo cual el derecho sigue asentado en esta clase de nociones. "...el derecho antiguo era un "derecho de cuerpos"; nuestro derecho es un "derecho de funciones". Los romanos crearon una estática jurídica; nuestro problema de hoy es crear una dinámica jurídica. Para nosotros, las ~~personas~~ ^{cosas} no son cuerpos, sino unidades de fuerza y voluntad; y las cosas no son cuerpos, sino fines, medios y creaciones de dichas unidades. La relación antigua entre los cuerpos era la posición. Pero la relación entre fuerzas se llama "acción" [Vid. Oswald SPENGLER, "La decadencia de Occidente", Madrid, 1958, trad. esp de M. GARCIA MORENTE, págs. 84 sigs., 99-102, vol. II).

(5) Jaime GUASP pronunció el 24 de febrero de 1959 una conferencia en el Curso organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid sobre derecho de autor, con el título "La ejecución de los derechos de autor". La tesis de GUASP -por lo que se desprende de nuestras propias notas, pues la citada conferencia no ha sido publicada- es que la objetividad jurídica ha sido elaborada a base de la percepción de la realidad, mediante la que se descubre que también en las cosas hay "estados", de análoga significación que en las personas: mueble, inmueble, reposo, fluidez. Pero la percepción tiene dificultades para apreciar todos los matices de la realidad, lo que sólo puede superarse haciendo que trascienda al derecho la idea de "energía", mediante la construcción del concepto de las "energías jurídicas". En física se llama energía a las variaciones que se producen en lo inerte y que no son consecuencia de la alteración del "sustratum" mismo. En el derecho ha de aceptarse que un hacer humano no es una cosa, sino una energía jurídica. Los derechos de autor deberían definirse realmente, según GUASP, como derechos sobre energías jurídicas, en cuanto que la obra proporciona la posibilidad de producir una serie de efectos típicos, desligables de los portadores materiales.

De este modo se aprecia finalmente la estructura jurídica del derecho de los creadores. El contenido del derecho consiste en la facultad de actuar en exclusiva el "prototipo normativo" de la creación. Es un derecho a actuar y no un derecho a poseer, a disfrutar ni a disponer de la creación espiritual. Pero un derecho a actuar imponiendo a esa actividad los elementos normativos que para esa acción proporciona la creación misma, que permitirán obtener como resultado una realidad material en que la propia creación encarna.

Es, en fin, que la actividad humana no es sino una energía aplicada a la realización de un proyecto y en ella pueden, por tanto, separarse siempre ~~del~~ elemento energético y el elemento normativo de la acción. El elemento energético (el puro hacer, como energía empleada en la realización de un fin) forma el contenido del derecho; y el elemento normativo de la acción (la norma implícita en una realidad material o formulada expresamente) es el objeto jurídico.

CAPITULO II

DERECHO COMPLEJO DE FACULTADES PERSONALES Y PATRIMONIALES

Determinada así la estructura del derecho de los creadores, es necesario referirse a su complejidad esencial, manifestada en que su núcleo esencial común, se refleja en una serie de facultades de muy diversa naturaleza, que incluyen a la vez prerrogativas de índole personal y patrimonial.

No puede satisfacernos una concepción que separe ambas como derechos diferentes. Aunque resulte preciso distinguirlas, en nuestra opinión unas y otras forman parte del núcleo esencial del derecho, que es la posibilidad que se atribuye al

creador de ser el único que pueda decidir si esa "expresión personal" suya que es la creación espiritual, va a convertirse o no en una norma de acción impersonalmente aplicable, y en qué condiciones, por quién y cómo. A esto se reducen cuantas facultades, personales o patrimoniales, contiene el derecho de los creadores.

No nos convence, pues, la posición dualista que ve dos derechos/independientes y desconectados: el "derecho moral" y el "derecho patrimonial". A nuestro juicio, ambos no son sino manifestaciones de ese núcleo esencial, sin que a ello se oponga la objeción de que las facultades de uno y otro orden pueden corresponder muchas veces a titulares distintos, (el "derecho moral", inalienable, al autor, y el "derecho patrimonial", transmisible, al explotante) porque eso mismo sucede en otras figuras jurídicas, como el usufructo o el arrendamiento de cosas, en que la titularidad esencial y la del disfrute económico pueden también estar separadas.

En el derecho de los creadores, el poder jurídico del titular es exclusivo antes de ser patrimonial, desde antes de constituirse como un monopolio económico, porque se configura como un poder de disposición en relación con el resultado personal que es la obra, que sólo su autor decidirá si ha de constituirse o no en una "norma de acción" aplicable por cualquiera.

Ahora bien: ese poder jurídico de disposición se matiza en función de las propias decisiones del titular. Se apoya en un presupuesto fundamental, que no forma parte del contenido del derecho propiamente hablando, sino que es una manifestación particular del derecho general de la personalidad, que es la imputación de la obra a su autor (derecho al reconocimiento de la paternidad). En la fase inicial de las decisiones, como ya reconoció GIERKE (cuyas huellas en este punto resulta preciso seguir), se hace derecho absoluto de disposición, en virtud del cual sólo el autor puede decidir si

la obra permanecerá inédita o será publicada (es decir, si han de ser o no actuados por alguien los elementos normativos de la creación). En una segunda fase, en que se ha producido la decisión del autor de permitir el conocimiento y disfrute de la obra, esa facultad de disposición se mantiene aún como un derecho absoluto, no respecto a si la actuación será permisible, sino en la determinación de cuál será el "prototipo normativo" a actuar, que fijará soberanamente y en cualquier tiempo el autor. En todo lo demás, el poder de disposición se limitará - con la única excepción que supone la difícil figura de un "derecho al arrepentimiento" - a la posibilidad que corresponde al autor de ser el único que determine las diferentes condiciones a que deberá sujetarse la actuación de los elementos normativos de la obra: sujetos, fines, forma, participaciones y honorarios, lugar y demás características a las que la actuación ha de ir condicionada para ser jurídicamente permisible. Pero el poder de disposición ya no tiene el mismo carácter que ofrecía en la primera parte. Ese poder de disposición está vinculado esencialmente al autor. Por eso dura esencialmente durante su vida, aunque se transmite también por un plazo a sus herederos.

Las limitaciones temporales y de todo orden que pesan sobre el derecho del inventor lo configuran como modalidad que presenta indudables diferencias con el de autor, a pesar de la identidad de naturaleza, pues también la posibilidad jurídica de disponer en exclusiva respecto a la actuación, conforme a su naturaleza, del "prototipo normativo" de la invención, es el núcleo esencial de la exclusiva de explotación de la invención. Aquí el carácter industrial del derecho y su contenido monopolístico destacan más, por ser las invenciones creaciones cuyo sentido se verifica en el servicio a un fin

ajeno al creador, de modo que la actividad realizadora del tercero no se constituye tan sólo como una "actualización" de la realidad natural aportada por el autor, sino como una verdadera "producción" de la realidad prescrita, lo que supone desplegar una actividad muy cualificada desde el punto de vista industrial y mercantil, al actuar los elementos normativos expresos.

Tampoco las evidentes diferencias que pueden apreciarse entre estos dos tipos de derechos y el que recae sobre signos mercantiles pueden hacer perder de vista esa identidad en su núcleo esencial. Antes hemos hablado de la contextura indirecta y equívoca de la protección al signo mercantil, mediante la cual se intenta tutelar en realidad la creación espiritual que es la empresa. Pues bien: sin olvidar ese carácter especial de la protección jurídica, es indudable que el derecho ha de ser también aquí interpretado como la posibilidad de disponer en exclusiva sobre la actuación, en un determinado sector mercantil, del "prototipo normativo" formulado expresamente ante la Administración.

Ello no impide que, a efectos prácticos, puedan distinguirse de hecho -y sea necesario hacerlo- las facultades de índole personal de las puramente patrimoniales, en el contenido de estos derechos, pero sin que ello haga olvidar su unidad íntima en ese núcleo esencial común.

CAPITULO III

ENCUADRAMIENTO CIENTIFICO DEL DERECHO DE LOS CREADORES

Para terminar, señalaremos la necesidad de destacar que los derechos de los creadores son derechos de carácter privado. Creemos que debe abandonarse totalmente la posición, tan frecuente entre nosotros, de estimar que estos derechos constituyen figuras intermedias e híbridas, reguladas en una par-

te por el derecho privado, y en otra por el derecho administrativo. La idea de que en estos derechos aparecen mezcladas ambas disciplinas y que estas figuras jurídicas participan de las notas correspondientes a cada una de ellas, hemos dicho ya que es en gran parte la causa de que no exista en la doctrina una concepción clara sobre los presupuestos fundamentales de la protección jurídica.

Evidentemente, el derecho público administrativo ha de aplicar sus propias normas a regir la actividad de la Administración en la concesión de la protección jurídica a las modalidades de la "propiedad industrial", a través de un procedimiento administrativo de solicitudes, declaraciones y actos concesionales. Pero nada de ello significa que el derecho tenga un carácter mixto o híbrido. El derecho subjetivo que otorgan la "propiedad intelectual" o la "propiedad industrial" es de carácter privado, sin que las intervenciones administrativas tengan en él otra finalidad ni otra función que dar exterioridad y publicidad ante la comunidad del acto de apropiación que implica la solicitud del creador, la descripción y reivindicación del objeto tutelado y su inscripción en una Oficina pública, para que adquiera una notoriedad "erga omnes".

De ahí que el estudio de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial" corresponda estrictamente al Derecho privado.

Como es sabido, tres han sido fundamentalmente los criterios metodológicos propugnados por la doctrina en el tratamiento científico de nuestras instituciones: la posición tradicional, que la diversifica en los dos tratados de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial"; la de quienes quieren incorporar la materia a una disciplina más amplia, que se ocupe del fenómeno de la regulación de la competencia económica, y la que postula la constitución de un tratado único, en el que se integren los dos tratados tradicionales.

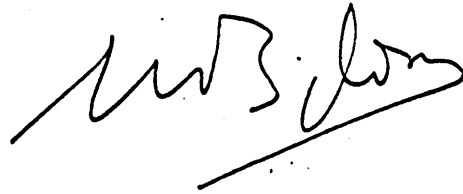
La primera se basa en las evidentes diferencias observables entre estos dos sectores, pero, en cambio, olvida sus notas comunes y su fundamentación esencial.

La segunda de las expresadas direcciones doctrinales está representada sobre todo por la obra de ELSTER y sus continuadores BUSSMANN, PIETZCKER y KLEINE, autores de una sugestiva presentación unitaria de la materia, siquiera sea por yuxtaposición de tratados, en que se incluye la fundamentación del "derecho de la competencia" y el derecho "de la competencia desleal. FIKENTSCHER ha tratado de señalar la diferenciación y distinción entre un "derecho de las limitaciones de la competencia", un "derecho de la competencia desleal" y la regulación de los "derechos exclusivos" del autor, del inventor y del usuario de signos mercantiles, sin llegar a postular el encuadramiento de todos estos sectores en ese "derecho de la competencia económica" a que aspiraba ELSTER.

Por último, la integración de los dos tratados tradicionales en una nueva disciplina científica, inserta en el Derecho privado y cercana al Derecho Mercantil o comercial, constituye la posición mantenida por la doctrina italiana, que estudia estas instituciones, junto con otras conexas y afines, en el denominado "derecho industrial". La posición no se manifiesta mediante una concepción unánime sobre el contenido de esta nueva disciplina jurídica, nacida por exigencias de la especialización. Pero aporta un instrumento científico apto para el estudio de una serie de figuras que confluyen de algún modo en ese punto común representado por el mecanismo de la competencia económica. A la construcción de ese derecho industrial han de ir necesariamente unidos los nombres de ASCARELLI, ROTONDI y FRANCESCHELLI.

Es evidente que el estudio de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial" está necesitado de un encuadramiento científico directo, para poder superar ese tratamiento marginal y puramente alusivo que le dedican las disciplinas clásicas. El "Derecho industrial", como disciplina integradora de una serie de fenómenos de extraordinaria importancia científica y económica, puede ser esa disciplina que albergue, sin pretensiones de autonomía científica, como una muestra más de las exigencias de la especialización, y preste por fin un lugar propio a la teoría de los derechos sobre creaciones espirituales.

Madrid, abril de 1969

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'H. Baylos Corroza', with a long horizontal stroke extending to the right.

Fdo. Hermenegildo Baylos Corroza